



HAL
open science

La compétence de nomination du Président de la Cinquième république

Lucie Sponchiado

► **To cite this version:**

Lucie Sponchiado. La compétence de nomination du Président de la Cinquième république. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015. Français. NNT : 2015PA010290 . tel-01564005

HAL Id: tel-01564005

<https://theses.hal.science/tel-01564005>

Submitted on 18 Jul 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.



École de Droit de la Sorbonne
École doctorale de Droit de la Sorbonne - Droit public et Droit fiscal

Thèse de doctorat en droit public

**LA COMPÉTENCE DE NOMINATION
DU PRÉSIDENT DE LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE**

Présentée par

Mme Lucie SPONCHIADO

Dirigée par

M. le Professeur VERPEAUX

Soutenue publiquement le
8 juillet 2015

Devant le jury composé de :

Mme Nicole BELLOUBET

Professeur des Universités, membre du Conseil constitutionnel

Mme Marie-Anne COHENDET

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Pascal JAN

Professeur des Universités à l'Institut d'Études Politiques de Bordeaux, rapporteur

M. Armel LE DIVELLEC

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, rapporteur

M. Marcel MORABITO

Professeur des Universités à l'Institut d'Études Politiques de Paris

M. Michel VERPEAUX

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, directeur de thèse

**LA COMPÉTENCE DE NOMINATION
DU PRÉSIDENT DE LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE**

Avertissement

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Louise,

*À mes Grands-pères,
Jean-Louis Péquillet
et Ugo Sponchiado.*

Remerciements

L'expression de ma profonde reconnaissance va d'abord au professeur Michel VERPEAUX pour avoir accepté de diriger ma recherche, pour avoir discuté ses orientations et pour m'avoir offert la liberté de soutenir cette thèse.

Que les professeurs Nicole BELLOUBET, Marie-Anne COHENDET, Pascal JAN, Armel LE DIVELLEC et Marcel MORABITO trouvent ici l'expression de ma très sincère gratitude pour avoir consenti à siéger dans le jury. Leurs écrits m'ont invitée à la réflexion ; leurs remarques et critiques la nourriront encore.

Pour les précieuses informations qu'ils m'ont confiées et le temps qu'ils ont consacré à répondre à mes questions, je souhaite remercier M. le ministre Jean-Louis BIANCO, M. le conseiller Michel CHARASSE, Mme le Premier ministre Édith CRESSON, M. le président Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, Mme Sylvie HUBAC, M. le président Marceau LONG, Mme Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU, M. le Premier ministre Michel ROCARD, Me Frédéric SALAT-BAROUX et M. le Vice-président Jean-Marc SAUVÉ.

Un grand merci également à celles et ceux qui ont répondu à mes sollicitations et m'ont parfois facilité l'accès à certains documents. Merci aussi à celles et ceux qui ont relu mes pages, les ont annotées et discutées et spécialement merci à Noé MERLE, Dominique ROSSIGNOL et Louise SCALBERT.

À mes professeurs, je témoigne mon infinie reconnaissance. Les nommer tous serait trop long mais je n'en oublie aucun : ils ont rendu la route passionnante. Merci notamment à celles et ceux qui m'ont accordé un peu de leur temps. J'adresse un hommage tout particulier aux professeurs Julie BENETTI, Jean GICQUEL, Otto PFERSMANN et Étienne PICARD. Ma gratitude va aussi à ceux qui m'ont donné la chance de produire cette thèse, en m'attribuant un contrat doctoral puis un emploi d'ATER. Merci également à celles et ceux qui m'ont offert d'enseigner en m'intégrant dans leur équipe de TD.

Parmi tous ceux-là, certains furent tout à fois : une mention particulière à celle qui se reconnaîtra et qui m'a donné envie d'enseigner, de chercher et d'écrire, m'a donné cette chance, m'a consacré des heures à discuter et n'a cessé de m'encourager. Puisse cette thèse lui faire honneur.

Je souhaite aussi remercier les étudiants qui ont suivi mes TD et pour lesquels préparer des

cours fut un plaisir toujours renouvelé. Un merci particulier à celles et ceux dont les aimables messages m'ont encouragée durant ces années.

J'adresse aussi mes plus chaleureux mercis aux copains : à mes amis qui font l'Université si belle et spécialement à Charlotte BEAUCILLON, François BRUNET, Bertrand-Léo COMBRADE, Claire CUVELIER, Marine FLEURY, Éléonore GIGON et Marie LANNOY. Merci pour vos relectures, votre présence et votre soutien. Merci aux quelques autres des bibliothèques et d'ailleurs qu'il a fait bon croiser durant ces années. Un clin d'œil particulier à Philippe AZOUAOU et Pierre BOURDON pour leurs conseils ! Je salue aussi mes collègues des équipes de TD, du CRDC et ceux de l'École doctorale. À mes amis non juristes : merci d'avoir compris lorsque je disais « Non, pas ce soir ! » et merci quand même à ceux qui n'ont pas compris... *Abraccio* pour Camille ROSSIGNOL (à nos polyphonies !), pour Céline GRILLON et Madeleine JAYLE. Un clin d'œil à Ju' DENIS-MIGAULT : *Ignowolé Aféla* ! Aux copains des Glénans : merci pour les jours si doux à des années-lumière de Paris.

Enfin, je ne saurais oublier les miens. Merci à mes parents pour tout ; pour leur soutien matériel mais surtout pour le précieux immatériel : leur amour, leur patience et leur confiance. Ces mots sont bien insuffisants pour vous dire comme je vous suis reconnaissante. Des mercis aussi à Marie-José – pour les livres partagés, les repas mémorables et les p'tits soins – et à Jérôme – pour les histoires de l'Université d'hier et les récits de mer. À mon frère et Clémence : merci pour votre soutien et vos mots si gentils. Merci aussi pour Louison et la joie qu'elle soit là.

Pour LS et les airs printaniers...

Abréviations, conventions de rédaction et méthode de traduction

1. Afin de ne pas alourdir les notes infrapaginales, l'adresse internet (URL) des références, ouvrages et articles exclusivement accessibles sur internet ou que nous n'avons consultés qu'en ligne est indiquée simplement en bibliographie finale laquelle recense aussi l'adresse des principaux sites internet utilisés. Les adresses URL ne sont reproduites en note de bas de page que si le document visé n'est pas reporté dans la bibliographie.

2. Pour la rédaction de la thèse, nous avons utilisé la nomenclature des « abréviations des principales références en matière juridique » proposée le Groupe des éditeurs de Droit, Sciences économiques et sociales du Syndicat national de l'édition, dans sa version de 2004. Les règles typographiques utilisées sont, autant que possible, conformes à celles fournies par le *Lexique des règles typographiques en usage à l'Imprimerie nationale*¹. Quant à la féminisation des substantifs (en particulier des noms de fonctions) et à l'utilisation des majuscules, nous avons suivi la position préconisée par l'Académie française². Les surnoms donnés aux rois sont notés en bas-de-casse. Les autres noms propres sont indiqués en lettres capitales sauf dans les notes de bas de page, dans la bibliographie finale et dans les citations où l'orthographe et la typographie retenues par les auteurs ont été respectées. Le cas échéant, entre crochets ([]), nous avons ajouté des informations ou modifié la conjugaison des verbes ou les accords des adjectifs.

Les abréviations utilisées dans la présente thèse sont reproduites ci-dessous.

¹ *Lexique des règles typographiques en usage à l'Imprimerie nationale*, Imprimerie nationale, 3^e éd., 2002, 196 p.

² Ces préconisations sont disponibles sur le site internet de l'Académie.

Abréviations des principales références utilisées

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique du droit de la fonction publique</i>
<i>Cah. fonct. publ.</i>	<i>Cahiers de la fonction publique</i>
<i>CCC</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>JCP A.</i>	<i>Juris-Classeur périodique - Édition Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>JCP G.</i>	<i>Juris-Classeur périodique - Édition générale</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>LPA</i>	<i>Petites affiches (les)</i>
<i>NCCC</i>	<i>Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>PUAM</i>	<i>Presses universitaires d'Aix-Marseille</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses universitaires de France</i>
<i>RAN</i>	<i>Règlement de l'Assemblée nationale</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil Lebon ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>Rec. T.</i>	<i>Tables du Recueil Lebon</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>RF adm. publ.</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RF sc. pol.</i>	<i>Revue française de sciences politiques</i>
<i>RF soc.</i>	<i>Revue française de sociologie</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RID Comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RPDA</i>	<i>Revue pratique de droit administratif</i>
<i>RPP</i>	<i>Revue politique et parlementaire</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique et de droit prospectif</i>
<i>RS</i>	<i>Règlement du Sénat</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey</i>
<i>TLFi</i>	<i>Trésor de la Langue Française informatisé. Ce dictionnaire (accessible en ligne) permet notamment d'accéder à la lexicographie, à la synonymie et à l'étymologie des mots recherchés. Selon l'usage que nous en ferons, nous préciserons donc <i>lex.</i>, <i>syn.</i> ou <i>étym.</i></i>

Abréviations générales en langue française

aff.	affaire
al.	alinéa
amdt.	amendement
AN	Assemblée nationale
art.	article(s)
Ass.	Assemblée du contentieux
CE	Conseil d'État
cf.	confère, <i>confero</i> , comparer
chap.	chapitre(s)
chron.	chronique(s)
CL	Commission des lois
coll.	collection
concl.	conclusions
cons.	considérant(s)
Cons. const.	Conseil constitutionnel
dact.	dactylographié(es)
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, sauf mention d'une autre date
décis.	décision(s)
dir.	sous la direction de
éd. ou rééd.	édition ou réédition
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , dans l'ouvrage cité précédemment
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> , à la page citée précédemment
n°	numéro
notam.	notamment
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> , ouvrage cité
p.	page
préc.	précité(es)
S	Sénat
s. ou <i>sq.</i>	<i>Sequunturque</i> , Suivant(es)
Sect.	Section
<i>sic</i>	ainsi écrit dans le texte cité, sans préjuger du caractère étonnant ou fautif de la citation
t.	tome
trad. franç.	traduction française
vol.	volume(s)

3. La grande majorité des textes utilisés est en langue française. Lorsque les ouvrages ont été publiés et traduits en français, l'auteur de la traduction est mentionné. Dans les cas où les ouvrages et articles cités n'avaient pas fait l'objet d'une traduction, nous avons traduit ces écrits dont les extraits en français figurent dans le corps de la thèse. Pour permettre au lecteur un regard critique sur nos traductions et les interprétations qu'elles requièrent nécessairement, leur version originale est retranscrite en note bibliographique de bas de page.

Sommaire

Introduction

PREMIÈRE PARTIE

DE LA COMPÉTENCE DE NOMINATION AU POUVOIR DE NOMINATION DU PRÉSIDENT DE LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE

Titre premier. Une compétence formelle

Chapitre premier. L'exigence du contreseing

Chapitre second. L'importance de la signature

Titre second. Un pouvoir capté

Chapitre premier. Un pouvoir capté par l'extension de la compétence

Chapitre second. Un pouvoir capté permettant l'extension de la compétence

SECONDE PARTIE

LES CONTRÔLES INEFFICACES DES NOMINATIONS DU PRÉSIDENT DE LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE

Titre premier. Les limites des contrôles classiques des nominations présidentielles

Chapitre premier. La pluralité des participants au processus de nomination

Chapitre second. La pluralité des règles d'édition des nominations

Titre second. Les limites du contrôle parlementaire des nominations présidentielles

Chapitre premier. Un contrôle limité des nominations présidentielles

Chapitre second. Un contrôle aux conséquences ambigües sur les institutions de la Cinquième République

Conclusion générale

Annexes

Index

Table des matières

*« Tu stesso ti fai grosso
col falso imaginar, sí che non vedi
ciò che vedresti se l'avessi scosso. »*

—

*« Tu t'alourdis toi-même
avec des idées fausses et ne peux voir
choses que tu verrais si tu les secouais. »*

Dante ALIGHIERI, *La Divina Commedia*,
Paradiso, trad. franç. par J. RISSET, I., vers 88-90

INTRODUCTION

« Le problème des nominations fut la croix, la bannière et le pire de mes relations avec Mitterrand pendant trois ans ! »

Entretien avec Michel ROCARD, le 6 septembre 2013, reproduit en annexe 2.

« S'il y a un acte étatique, c'est bien la nomination », disait Pierre BOURDIEU³. Une telle affirmation interpelle, suscite la curiosité et invite le juriste à la recherche. Elle laisse entrevoir l'insigne intérêt **(I)** d'une étude consacrée aux nominations ressortissant au président de la Cinquième République **(II)** qu'une nouvelle position doctrinale doit pouvoir mettre en exergue **(III)**.

I. L'INTÉRÊT DE LA RECHERCHE

Une recherche sur la compétence présidentielle de nomination⁴ révélera la nomination comme acte étatique par excellence : un pouvoir crucial qui irradie l'ensemble de l'action publique, un pouvoir capital en raison de ses conséquences. Un tel programme oblige à situer l'importance des nominations dans l'État et à replacer cette prérogative au sein d'une étude de la démocratie **(1)**. L'Histoire et le droit comparé corroborent une telle démarche **(2)**.

³ P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Seuil, coll. « Raisons d'agir », 2012, p. 47 (Cours du 25 janvier 1990).

⁴ Nous utiliserons indifféremment les expressions « compétence de nomination du président de la République », « compétence de nomination présidentielle » et « compétence présidentielle de nomination ».

1. L'IMPORTANCE DES NOMINATIONS

1. Les nominations intéressent tous les domaines de l'action étatique : justice, intérieur, diplomatie, santé, éducation, recherche, culture, finances, industrie, etc. Elles se présentent comme une condition nécessaire à la vie de l'État : à son fonctionnement interne, d'une part, car elles lui attribuent les ressources humaines qui l'animent et le pensent ; à son fonctionnement externe, d'autre part, car elles désignent ceux qui le représenteront hors de ses frontières. Elles apparaissent aussi comme un moyen d'assurer la cohésion de l'action publique : en nommant ses agents, le pouvoir central se donnerait les relais nécessaires à la conduite cohérente de ses projets politiques. Telle est ainsi justifiée la persistance des « emplois supérieurs à la décision du Gouvernement ». Or, ce lien que les nominations entretiennent avec la politique en fait également des ressources de pouvoir : « une personne que l'on nomme est une personne que l'on cherche à récompenser, à fidéliser, mais aussi à ménager, si ce n'est à calmer, quand ce n'est pas à écarter⁵... » Étudier la compétence de nomination du président de la République n'est pas seulement s'enquérir des différents statuts, appréhender techniquement ce droit ; c'est aussi et surtout une invitation à considérer les nominations dans leur rapport à l'État et à la démocratie.

2. De très nombreuses questions se posent et s'imposent à qui veut saisir la démocratie et la définir. Diverses approches s'offrent alors : établir l'histoire et le contenu du concept, décrire son épanouissement (et ses reculs⁶), énoncer les conditions sociologiques d'une adhésion à ce mode de gouvernement (ou les ressorts du totalitarisme⁷), interroger les influences de l'économie sur la pérennité ou non de la démocratie⁸ ou encore préciser les

⁵ H. JOZEFOWICZ, « Le diable gît-il dans les détails ? Le Conseil constitutionnel met fin au long feuilleton du contrôle des nominations présidentielles », *Politeia*, n°17, 2010, p. 416.

⁶ Cette démarche est, par exemple, celle que Pierre ROSANVALLON poursuit dans ses nombreux ouvrages. Par exemple, P. ROSANVALLON, *La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Le Seuil, 2006 ; *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, 2008 ; *La Société des égaux*, Le Seuil, 2011. Pour une introduction, voir l'entretien avec P. ROSANVALLON publié sous le titre : « Écrire une Histoire générale de la démocratie », in *Participations*, n°1, 2011, p. 335-347.

⁷ Voir R. ARON, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, 1965. Voir aussi M. GAUCHET, *La Démocratie contre elle-même*, Gallimard, 2002. H. ARENDT ne saurait être oubliée ici. Voir notam. H. ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, 3 vol. et en particulier le troisième volume : *Le Système totalitaire*, trad. franç. par BOURGET J.-L., DAVREU R. et LÉVY P., Le Seuil, coll. « Points », 2005 ; *Condition de l'homme moderne* (1958) trad. franç. par FRADIER G., Calmann-Lévy, 1961, rééd. Pocket, 1988 ; *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal* (1963), trad. franç. par GUÉRIN A., Gallimard, 1966.

⁸ Par exemple, pour un ouvrage récent sur la question, P. DUCASSE et T. VOULOUMANOS, *Pour une économie démocratique*, VLB éditeurs, 2013, 360 p. Il est profitable de relire A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en*

instruments juridiques qui la servent, l'érodent ou la tuent. Pourtant, comme le regrettait Georges BURDEAU⁹ au début des années 50, les juristes peinent à se donner un concept *juridique* de démocratie. Ce constat est partagé encore cinquante ans après par Stéphane PINON, qui nuance toutefois en notant les efforts fournis par certains juristes d'hier et d'aujourd'hui :

[*Sous la Troisième République,*] en marge de cette diffusion doctrinale dominante [*dépréciant la notion de démocratie*], des pensées originales vont se développer [...] que l'on peut qualifier de « dissidentes ». De la démocratie, elles voudront faire autre chose qu'une simple maxime poussiéreuse ; elles chercheront à lui donner l'allure d'un véritable concept juridique, opératoire pour la science du droit et pour la compréhension des réalités politiques¹⁰.

Après avoir recensé certaines des solutions proposées jadis¹¹, ou plus récemment¹², en France et ailleurs, Stéphane PINON, invitant les juristes (et « les jeunes chercheurs¹³ ») à saisir la démocratie, propose une « contribution à une approche renouvelée » de celle-ci. Avec lui, il est possible de s'accorder à dire que :

Amérique et notam. t. 2, 2^e partie, chap. XIV « Sur les rapports entre démocratie et industrie ». Enfin, une synthèse efficace et claire, quoique un peu datée, de divers travaux sur ces questions est accessible in R. BARRE, « La politique économique en démocratie », *Revue économique*, n°5, 1954, p. 800-808.

⁹ G. BURDEAU, *La Démocratie*, Le Seuil, coll. « Politique », 1956, p. 10. Deux ans plus tard, on pouvait ainsi lire dans un ouvrage de philosophie politique que « le terme de démocratie est d'un emploi tellement difficile qu'il vaudrait presque mieux y renoncer » (E. WEIL, *Philosophie politique*, Vrin, 1958, p. 172).

¹⁰ S. PINON, « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politeia*, n°10, 2006, p. 428. Selon l'auteur, la pensée dominante sous la Troisième République est caractérisée par la « dépréciation par les "maîtres" de la notion de démocratie » (p. 413-428).

¹¹ Au titre des « tentatives marginales de "substantialisation" de la notion de démocratie », Stéphane PINON (« La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », art. cité, p. 428-451) cite par exemple M. DESLANDRES, R. CAPITANT après 1945 ou L. LE FUR. Voir également, S. MILACIC, « Faut-il réinventer la démocratie ? Du "néodémocratie" pour équilibrer le "néolibéralisme" », *Politeia*, 2004, n°6, p. 445-453.

¹² Stéphane PINON étudie en particulier (« La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », art. cité, p. 456 et s.) la thèse de la « Démocratie continue » forgée par Dominique ROUSSEAU : D. ROUSSEAU, « De la démocratie représentative à la "démocratie continue" », in D. ROUSSEAU (dir.), *La Démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995 et D. ROUSSEAU, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n°96, 1997, p. 73-88. Pour un développement plus récent et la discussion qu'il suscita, voir D. ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, publié le 19 septembre 2008. Voir la réaction de P. BRUNET, « La démocratie, entre essence et expérience », *La Vie des idées*, le 9 octobre 2008. Le professeur ROUSSEAU publie, le même jour, une « esquisse » de réponse (tels sont les termes de l'auteur). Voir aussi D. ROUSSEAU, « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in A. VIALA (dir.), *La Démocratie : mais qu'en disent les juristes? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Les Grands colloques », 2014, p. 7-30. Voir les réflexions que l'article du professeur ROUSSEAU suscita au professeur DENQUIN : « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°2, 2009 ; du même auteur, voir « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le Droit », *Jus Politicum*, n°1, 2008 Voir aussi B. FRANÇOIS, « Justice constitutionnelle et "démocratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste contemporain », in J. CHEVALLIER (dir.), *Droit et Politique*, PUF, 1993.

¹³ S. PINON, « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », art. préc., p. 408.

Parler de démocratie c'est [...] parler d'un système dans lequel l'origine des pouvoirs est populaire, dans lequel le pouvoir a pour finalité la protection des droits essentiels de la personne humaine et pour procédé de fonctionnement, la responsabilité, l'indépendance de la justice et le pluralisme¹⁴.

Une telle définition¹⁵ de la démocratie – toute minimale et nécessairement stipulative¹⁶ soit-elle – présuppose que le Droit peut « réaliser la démocratie¹⁷ ». Elle permet aussi de mesurer qu'une étude de la compétence de nomination peut prendre place dans le mouvement consistant, pour les juristes, à mettre la démocratie au cœur de leurs analyses.

3. La compétence de nomination questionne de façon flagrante le principe électif, la *source* démocratique. Elle pose effectivement la question de savoir si la démocratie peut s'accommoder d'un tel mode d'attribution de certaines fonctions publiques. Car ne sont pas nommés que des administrateurs¹⁸.

Cette compétence intéresse aussi de façon médiate et immédiate la protection des droits, c'est-à-dire le *but* de la démocratie. De façon directe d'abord, puisque questionner la compétence présidentielle de nomination oblige à interroger notamment les droits des personnes prétendant à une place. L'article 6 de la DDHC ne déclare-t-il pas que : « Tous les citoyens, étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » ? L'égalité, comme principe démocratique, trouve en cette prescription à la fois

¹⁴ S. PINON, « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », art. préc., p. 467.

¹⁵ Les principales définitions proposées sont répertoriées dans l'*Index thématique* de la thèse, entrée « Définitions ».

¹⁶ Voir M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 102.

¹⁷ Tel est l'intitulé de la première partie de l'ouvrage : A. VIALA (dir.), *La Démocratie : mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit. Voir aussi l'exposé proposé par Luc HEUSCHLING : « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », in *ibid.*, en particulier p. 38 et s.

¹⁸ Les débats sur la composition de la Chambre des Lords au Royaume-Uni sont particulièrement éclairants quant à l'enjeu démocratique ou non de la nomination à la pairie. C'est notamment la volonté d'établir des « pairs du peuple » (*people's peers*) qui a incité le Gouvernement de Tony BLAIR, à partir de 2000 à transférer « une partie des nominations, celles de personnes non affiliées à un parti [...], à une commission de nomination qui est un organisme indépendant » (E. GIBSON-MORGAN, « Perspectives de réforme de la Chambre des Lords », *Politeia*, n°17, 2010, p. 609. L'ensemble de cet article rend très bien compte de l'importance démocratique de la réforme du mode de désignation des Lords). Néanmoins, les réformes peinent à convaincre et à atteindre l'ambition démocratique assignée. En 2012 encore, le vice-Premier ministre CLEGG affirma : « Il n'est pas juste de demander aux gens ordinaires, qui travaillent dur, de respecter des lois élaborées par des personnes désignées entièrement par la naissance ou la cooptation, qui ont de larges revenus et un emploi à vie. Le temps des vaines discussions est terminé. Maintenant il est temps d'agir ». Cité et traduit par Vanessa BARBÉ dont l'article « Les derniers blocages de la réforme de la Chambre des Lords » (*Constitutions*, 2013, p. 44 et s.) actualise et complète utilement l'article de Mme GIBSON-MORGAN préc.

sa limpide affirmation et son évident démenti. Tous les citoyens sont égaux, certes ; mais il faut encore quelqu'un de « supérieur¹⁹ » à ces impétrants pour départager et évaluer leurs capacités, vertus et talents respectifs. L'article 6 de la DDHC ne réserve-t-il pas l'attribution des « dignités, places et emplois publics » au procédé de l'élection ? Si certains révolutionnaires le crurent ou l'espèrent un temps, des moyens de concilier nomination et égale admissibilité aux emplois publics furent imaginés²⁰. La compétence de nomination permet aussi un questionnement indirect du but de la démocratie. En effet, lorsque, par exemple, un juge constitutionnel nommé²¹ est tenu pour un concurrent du Parlement dans l'énonciation de la volonté générale²², surgit la question de son mode de désignation et ressurgit en même temps la question de la *source populaire* du pouvoir.

Finalement, le lien entre les nominations et les *moyens* de la démocratie apparaît : responsabilité, contrôles, indépendance de la justice et pluralisme notamment. L'élection au suffrage universel direct de l'organe nommant suffit-elle à oindre d'une légitimité inoxydable les nominations auxquelles il procède ? Doit-on et peut-on contrôler les nominations en démocratie et/ou l'organe nommant ? Permettent-elles l'indépendance ou bien s'y opposent-elles frontalement en dépit d'autres mécanismes supposés l'assurer ? Si le pluralisme est constitutif de la démocratie, que reste-t-il de cette exigence dans le processus de nomination ? Ces questions, auxquelles il faudra répondre, montrent que l'étude de la compétence présidentielle de nomination permet d'interroger la démocratie sans omettre aucun des éléments identifiés dans sa définition : une source, un but et des moyens. La démocratie se trouve ainsi, par le biais de ce sujet, replacée au cœur de l'étude juridique.

Les nominations – tout particulièrement celles ressortissant à la compétence du président de la République – présentent donc, à n'en pas douter, une importance capitale pour l'État et pour la démocratie. L'Histoire et le droit comparé le confirment et permettent d'ébaucher des réponses aux questions soulevées.

¹⁹ La supériorité peut prendre ici la forme d'un surcroît de vertus, de talents, de légitimité, etc. ou être toute formelle. V. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (1945), trad. franç. par LAROCHE B. et FAURE V., Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 248 : « un organe est “nommé” par un organe supérieur individuel ».

²⁰ Voir F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *RF adm. pub.*, n°142, 2012, p. 339-367.

²¹ Ce qui est le cas, au moins formellement, en France mais aussi, par exemple, en Autriche, Bulgarie, Irlande, République tchèque, Roumanie ou encore en Slovaquie (voir annexe 1 de la thèse).

²² Telle est bien la thèse du professeur ROUSSEAU qui parle, notamment, de « régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale » in D. ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », art. cité, p. 11.

2. LES ENSEIGNEMENTS DE L'HISTOIRE ET DU DROIT COMPARÉ

L'Histoire des nominations enseigne l'émergence progressive d'un certain nombre de questions liées à la démocratie (1) dont le droit comparé révèle la permanence (2).

2.1 Les nominations dans l'Histoire : émergence de la question démocratique

4. « Le suffrage par le sort est de la nature de la démocratie ; le suffrage par choix est de celle de l'aristocratie²³. » À en croire MONTESQUIEU, il y aurait une compatibilité essentielle entre tirage au sort et démocratie. C'est ce qu'enseigne, pour partie, l'étude des institutions athéniennes. Dans son ouvrage sur la *Constitution d'Athènes*, ARISTOTE fait remonter les débuts de la démocratie en 594 avant Jésus-Christ²⁴. La substitution à la nomination d'une désignation par tirage au sort est saluée par le philosophe comme l'un des apports démocratiques de la Constitution de SOLON, comme un moyen pour assurer l'égalité. MONTESQUIEU, lui-même, notera plus tard que ce mécanisme « n'afflige personne, il laisse à chaque citoyen une espérance raisonnable de servir sa patrie²⁵ »²⁶.

Le tirage au sort pour l'attribution de fonctions publiques²⁷, aujourd'hui quasiment tombé en désuétude en France²⁸, se présente effectivement de prime abord comme la réalisation d'un

²³ MONTESQUIEU, Charles DE SECONDAT, Baron DE MONTESQUIEU (dit), *De l'esprit des lois*, Firmin Didot, 1864, p. 11.

²⁴ Voir ARISTOTE, *De la Constitution d'Athènes*, trad. franç. par REMACLE Ph. et alii, chap. V.

²⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., p. 11.

²⁶ La même ambition démocratique animait Jean-Jacques ROUSSEAU qui préconisa de désigner les Rois par tirage au sort : J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, Cazin, 1782, p. 162 et s. « Pour paraître extrême, cette solution ne surprend pas lorsqu'on sait que, dans le mouvement qui pousse les Lumières à repenser la souveraineté, le citoyen de Genève est celui dont la réflexion est la plus démocratique. », écrit le professeur MORABITO (*Le Chef de l'État en France*, Montchrestien, coll. « Clefs : Politique », 1996, p. 25). ROUSSEAU imagine cependant que le roi ne puisse être sélectionné par le sort que parmi les sénateurs à vie. Un même mécanisme de présélection affecte, en Grèce, l'égalité recherchée des espérances.

²⁷ Ce terme est pris ici dans son sens le plus neutre et généralisant, tel qu'il était employé jusqu'à la moitié du XIX^e siècle au moins. Dans la Constitution de SOLON, si l'on en croit ARISTOTE, cela concernait toutes les magistratures (Archontes, trésoriers, polètes, etc.). Voir ARISTOTE, *De la Constitution d'Athènes*, op. cit., chap. VII et VIII. *Contra* MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., p. 12 : « Solon établit à Athènes que l'on nommerait par choix à tous les emplois militaires, et que les sénateurs et les juges seraient élus par le sort. Il voulut que l'on donnât par choix les magistratures civiles qui exigeaient une grande dépense, et que les autres fussent données par le sort ».

idéal égalitaire que ne connaissaient pas les aristocraties et oligarchies de l'époque²⁹. Cependant, il faut rappeler que le peuple athénien était alors divisé en quatre classes et que seuls les membres des trois plus hautes pouvaient prétendre aux magistratures. Par exemple, pour la désignation des archontes³⁰, chacune de ces classes élisait dix membres dont les noms étaient ensuite soumis au destin³¹. Ce mode de désignation était donc établi sur la base d'une présélection inique suivie d'une élection préalable au jeu du sort. En outre, le tirage au sort était fondé sur la croyance d'une sélection divine. Il était donc indirectement *théocratique*, au sens étymologique ; ce que confirma l'idée du professeur SÉGUR de « légitimation sacrée par le tirage au sort³² ». S'éloigne ainsi l'horizon *démocratique* que ce mode d'attribution des fonctions publiques entendait réaliser. Un regard vers l'antiquité enseigne néanmoins que la double exigence d'égalité des espérances et de recrutement populaire sous-tend, dès cette époque, la problématique des nominations. Cette ambition démocratique perdura qui se traduit par l'oscillation entre nomination et élection pour l'attribution des fonctions publiques³³.

5. Au cours du Moyen-Âge en France, un certain nombre de volontés réformatrices se firent de plus en plus prégnantes³⁴. Les réformateurs parvinrent à faire édicter par Philippe le Bel en 1303 le décret *pro reformatione regnum nostri* qui présageait la grande

²⁸ L'exemple des jurés d'assises fait figure d'exception. Voir C. LAVIALLE, « Du tirage au sort », *LPA*, 30 juillet 1980, n°91, p. 17-20 ; voir aussi L. DI QUAL, *La Compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 385-387.

Certains défendent l'idée d'un retour au tirage au sort : voir J. RANCIÈRE, *La Haine de la démocratie*, La Fabrique, 2005, cité par Ph. SÉGUR, « La désignation des gouvernants par tirage au sort », *RFDC*, n°95, 2013, p. 687-698. Voir aussi S. MANSON, *La Notion d'indépendance en droit administratif*, t. 2, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 1995, p. 285-288. L'auteur conclut : « Il est totalement anormal et regrettable que ce système soit aussi parcimonieusement appliqué ». Et d'indiquer en note : « Cette parcimonie est sans doute révélatrice de l'attitude constante du pouvoir politique qui demeure hostile à ce que les procédures de recrutement lui échappent » (p. 288).

²⁹ VOIR J. BORDES, « Le tirage au sort, principe de la démocratie athénienne », *Ethnologie française*, vol. 17, n°2-3, avril 1987, p. 145-150. L'auteur indique qu'à Sparte l'attribution des fonctions ne se faisait qu'à l'élection (p. 145).

³⁰ ἄρχοντες vient de ἄρχο, commander, « être chef ». ARISTOTE écrit que les archontes avaient le pouvoir le plus important : « Voilà qui prouve que l'archonte avait alors le pouvoir le plus grand : c'est toujours pour cette magistrature que luttèrent les partis » (*De la Constitution d'Athènes*, *op. cit.*, chap. XIII).

³¹ Pour de plus amples développements sur l'archontat, voir l'incontournable N.-D. FUSTEL DE COULANGES, « Nouvelles recherches sur le tirage au sort appliqué à la nomination des archontes athéniens », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1878, p. 613-643.

³² Ph. SÉGUR, « La désignation des gouvernants par tirage au sort », art. cité, p. 689 et s.

³³ Ce problème traverse encore la question très actuelle du choix des Lords anglais : E. GIBSON-MORGAN, « Perspectives de réforme de la Chambre des Lords », art. cité, p. 599-617.

³⁴ La continuité des idées réformatrices depuis Saint Louis jusqu'à Charles V se mesure pleinement in R. CAZELLES, « Une exigence de l'opinion depuis Saint Louis : la réformation du royaume », *Annuaire-Bulletin de la Société de l'Histoire de France*, 1962-1963, p. 91-99.

ordonnance de 1357³⁵, adoptée par Jean le Bon après la révolte des marchands parisiens conduits par Étienne MARCEL³⁶. Cette dernière prévoyait notamment le renvoi des agents royaux chargés de lever la gabelle au profit de représentants élus des états généraux, lesquels obtenaient également le droit d'intégrer le conseil du roi pour vérifier l'usage des fonds récoltés³⁷. Mais ces mouvements réformistes demeurèrent doublement limités, en durée et en portée. En durée, car il s'agit d'épisodes de l'Histoire qui n'ont pas permis de rompre véritablement avec la prééminence du roi dans l'attribution des fonctions publiques. Ces mouvements furent limités dans leur portée aussi, car ils étaient mus par des intérêts de classes ou « d'état », selon la terminologie de l'Ancien régime. Il ne s'agissait pas d'une quête d'égalité entendue de façon générale et radicale. Elles n'empêchèrent d'ailleurs pas le développement d'un système d'offices achetés au roi³⁸. Au XV^e siècle en effet, Louis XI établit par ordonnance que le roi « ne peut disposer des offices, à moins qu'ils ne deviennent vacants par la mort des officiers, par leur résignation pure et simple [...] ou par forfaiture³⁹ ». Le principe viager apparut, qui fit bientôt place au principe de transmission héréditaire ou à la dévolution par vente. Les Rois de l'Ancien régime firent des offices un moyen de s'enrichir en participant à ce système de vente par la taxation de chaque transmission⁴⁰. Ce modèle n'est d'ailleurs pas propre à la France comme l'atteste l'étude comparative de Koenraad Wolter SWART consacré à la *Vente des offices au XVII^e siècle*⁴¹. Cette pratique se rencontre à cette période en Espagne, aux Pays-Bas, en Allemagne ou encore dans les États italiens⁴². Hérédité et vénalité⁴³ ont forgé ce qui sera désigné plus tard comme une

³⁵ Elle sera suivie de l'ordonnance cabochienne en 1413 qui prévoyait l'élection de tous les officiers royaux. Voir R. CAZELLES, « Une exigence de l'opinion depuis Saint Louis (...) », art. cité, p. 98.

³⁶ Voir G. MONOD, « Le rôle de Paris dans la France du Moyen Âge », *Revue Historique*, t. 119, Fasc. 1, 1915, p. 77-85.

³⁷ Voir DECRUSY, ISAMBERT et JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 4, Plon, 1821 (disponible en ligne sur Gallica : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k51690p>); Voir aussi R. CAZELLES, « Une exigence de l'opinion depuis Saint Louis (...) », art. cité, p. 97.

³⁸ R. MOUSNIER, *La Vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 1^{er} éd., Éditions Maugard, 1945, p. 5 et s. Les hasards de la recherche, dépendant notamment de l'accessibilité des fonds, nous ont contrainte à travailler sur la 1^{er} éd. de l'ouvrage datant de 1945. Signalons néanmoins qu'elle fut mise à jour par l'auteur : R. MOUSNIER, *La Vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 2^e éd. revue et augmentée, PUF, 1971, 728 p.

³⁹ G. PAGÈS, « La vénalité des offices dans l'ancienne France », *Revue Historique*, vol. 169, n^o3, janvier 1932, p. 479.

⁴⁰ Voir G. PAGÈS, « Essai sur l'évolution des institutions administratives en France : du commencement du XVI^e siècle à la fin du XVII^e », *Revue d'Histoire moderne*, t. 7, n^o1, 1932, p. 8-57.

⁴¹ K. W. SWART, *Sale of Offices in the Seventeenth Century*, éd. Martinus Nijhoff, 1949, 161 p. Roland MOUSNIER en propose une présentation et une lecture critique in *Revue historique*, vol. 207, n^o1, 1952, p. 127-129.

⁴² P. GOUBERT, « Un problème mondial : la vénalité des offices », *Annales économie, société, civilisation*, vol. 8, n^o2, 1953, p. 211 et s. La Chine serait un des rares États de l'époque à attribuer les offices au mérite.

aristocratie⁴⁴ : sentiments de corps et privilèges⁴⁵. Dès lors, bien que les Rois se fussent enrichis, ils prirent en même temps le risque « de perdre la plus grande part de leur influence sur ceux à qui ils avaient confié la puissance publique⁴⁶ », si bien que « la monarchie, avec un roi en principe absolu, fut en fait au XVI^e siècle et dans la première moitié du XVII^e, une monarchie tempérée par la vénalité des offices⁴⁷ ».

6. En France, la fin de ce système de patrimonialité des offices publics date de 1789⁴⁸. Elle est le résultat de la volonté d'encadrer l'accession aux emplois publics, afin d'enterrer les privilèges au profit de l'égalité, afin que les fonctions publiques ne puissent plus « être considérées comme des distinctions ni comme des récompenses, mais comme des devoirs⁴⁹ », afin de sonner le glas du recrutement fondé sur la solidarité sociale ou familiale. En 1791, les révolutionnaires établirent l'élection des administrateurs⁵⁰ ; seules revenaient au roi⁵¹ les nominations à un nombre limité d'emplois : ambassadeurs, contre-amiraux, capitaines de vaisseau, etc.⁵² Entre les modèles de tirage au sort, de nomination ou d'élection, les

⁴³ Sur la vénalité des offices, outre G. PAGÈS, « La vénalité des offices dans l'ancienne France », art. cité et R. MOUSNIER, *La Vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, op. cit., voir aussi P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, coll. « Thémis », 1968, p. 532 et s. ; plus récemment et de façon plus synthétique, J. HILAIRE, *Histoire du droit*, Dalloz, coll. « Mémentos », 13^e éd, 2013, p. 155 et s.

⁴⁴ Sur « le rôle des offices dans la question des classes sociales », voir R. MOUSNIER, *La Vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 1^e éd., *ibid.*, p. 495 et s. On lira également à profit A. DAUMARD, « Noblesse et aristocratie en France au XIX^e siècle », *Publications de l'École française de Rome*, vol. 107, 1988, p. 81-104.

⁴⁵ R. MOUSNIER, *ibid.*, p. 622.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 623.

⁴⁸ Constitution du 3 septembre 1791, préambule. Voir aussi *Décret portant abolition du régime féodal*, 4 août 1789, art. 7.

⁴⁹ Constitution de l'an I, déclaration des droits, art. 30.

⁵⁰ Constitution du 3 septembre 1791, titre II, chap. IV, sect. 2, art. 2 : « Les administrateurs sont des agents élus à temps par le peuple pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives ». Voir J.-F. KESLER, « Les systèmes de sélection et de formation des hauts fonctionnaires » (I), *Rev. adm.*, n°190, 1979, p. 439.

⁵¹ Rappelons qu'après la Révolution, le Roi fut considéré comme « le premier fonctionnaire public ». Voir en ce sens, la loi du 12 septembre 1791, art. III de la section portant sur *La résidence des fonctionnaires publics* (Voir *Collection complète des lois promulguées sur les décrets de l'Assemblée nationale, imprimée par ordre de l'Assemblée nationale*, Imprimerie nationale, t. 12, 1791, p. 339).

⁵² Ces actes de nomination prirent la forme de proclamations, comme l'indique Michel VERPEAUX dans sa thèse : *La Naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991, p. 128-129. La Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chap. IV, art. 2 énonçait : « Le roi nomme les ambassadeurs, et les autres agents des négociations politiques. [...] Il nomme les deux tiers des contre-amiraux, la moitié des lieutenants-généraux, maréchaux de camp, capitaines de vaisseau, et colonels de la gendarmerie nationale. Il nomme le tiers des colonels et des lieutenants-colonels, et le sixième des lieutenants de vaisseau : le tout en se conformant aux lois sur l'avancement. Il nomme, dans l'administration civile de la marine, les ordonnateurs, les contrôleurs, les trésoriers des arsenaux, les chefs des travaux, sous-chefs des bâtiments civils, la moitié des chefs d'administration et des sous-chefs de constructions. Il nomme les commissaires auprès des tribunaux. Il nomme les préposés en chef aux régies des contributions indirectes, et à l'administration des domaines nationaux. Il surveille la fabrication des monnaies, et nomme les officiers chargés d'exercer cette surveillance dans la commission générale et dans les hôtels des monnaies ».

révolutionnaires choisirent la troisième méthode. « L'élection apparaît alors comme le meilleur moyen de promouvoir l'idée d'égalité devant la loi, en pensant autrement, tout en la maintenant, l'idée de sélection⁵³ », affirme le professeur DAUGERON. Elle était encore pour eux le meilleur moyen de ne pas diviser une souveraineté nationale arrachée de haute lutte⁵⁴ et de ne pas se soumettre de nouveau aux pouvoirs religieux qu'ils tentèrent de garder à distance⁵⁵. Cependant, elle réintroduisit une question que la patrimonialité des offices avait déjà posée : celle d'une administration constitutive d'un « pouvoir intermédiaire », qui échapperait au contrôle politique des Chambres pour se mouvoir en vertu de ses propres aspirations politiques⁵⁶. Mais cette volonté d'établir l'élection, et l'égalité dont elle se veut porteuse, pour l'attribution des emplois publics fait figure d'exception dans les développements de l'ère post-révolutionnaire.

Dès l'époque du Directoire, en effet, le principe électif est abandonné au bénéfice du pouvoir exécutif⁵⁷ qui se trouve chargé de nommer les agents de l'État central. En revanche, en 1795, demeurent des agents départementaux et municipaux élus pour administrer leur localité⁵⁸. Cette précaution prise n'empêcha pas pour autant le Directoire d'exercer « sur l'administration locale un contrôle qui n'[était] en rien théorique⁵⁹ ». Au reste, son pouvoir de nomination fut élargi par plusieurs lois successives⁶⁰ au point qu'il est possible d'y voir « une réhabilitation du pouvoir exécutif⁶¹ ».

7. Mais la concentration de la compétence de nomination au profit de l'exécutif s'affirma encore davantage sous le Consulat⁶² jusqu'à son apogée, à l'époque du « consulat viager⁶³ »,

⁵³ B. DAUGERON, *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2011, p. 66.

⁵⁴ Dans le même sens, A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 206-207.

⁵⁵ Pour une introduction sur cette question, voir J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 2013, notam. p. 5-26.

⁵⁶ P. ROSANVALLON, *L'État en France. De 1789 à nos jours*, Seuil, coll. « L'univers historique », 1990, p. 51-55.

⁵⁷ Constitution de l'an III, en particulier art. 147 : « [Le Directoire] surveille et assure l'exécution des lois dans les administrations et tribunaux, par des commissaires à sa nomination ».

⁵⁸ Voir Constitution de l'an III, titre VII.

⁵⁹ M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁶¹ *Ibid.*, p. 50.

⁶² Constitution de l'an VIII, art. 41 : « Le Premier consul [...] nomme et révoque à volonté les membres du Conseil d'État, les ministres, les ambassadeurs et autres agents extérieurs en chef, les officiers de l'armée de terre et de mer, les membres des administrations locales et les commissaires du gouvernement près les tribunaux. Il nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer ».

⁶³ Nous empruntons ici l'expression retenue par M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Montchrestien, 12^e éd., 2012, p. 164.

puis sous l'Empire. Durant ces deux dernières périodes, l'ensemble des administrations centrales et locales se trouvait soumis à l'autorité du consul⁶⁴ puis de l'empereur⁶⁵. Système hiérarchique et serments de fidélité permirent ainsi l'érection d'une administration pleinement inféodée à NAPOLÉON : « Quand s'achèvera le Premier Empire, le recrutement est devenu de haut en bas l'affaire de l'État⁶⁶ ». Les anciennes sympathies de rang reparurent alors pour reconstituer l'élite administrative dont la Révolution avait espéré se départir. L'horizon égalitaire s'obscurcit.

Quoique les premières expériences de parlementarisme en France aient pu s'épanouir sous les Chartes⁶⁷, la Monarchie restaurée est dominée par le roi, si bien que la Charte de 1814 peut être pensée comme une résurgence de l'absolutisme royal⁶⁸. S'agissant des nominations, et particulièrement au sein de l'Administration, « l'héritage de l'Empire, accepté d'ailleurs sans réserve ou regret, a pesé sur toute la Monarchie⁶⁹ ». Sauf la parenthèse que constitue la République de 1848⁷⁰, ce système de centralisation de la compétence a perduré sous la Troisième République⁷¹, et ce en dépit de quelques tentatives⁷² – toujours manquées à cette

⁶⁴ Voir Constitution de l'an X, titre II et particulièrement art. 5 et 13.

⁶⁵ Voir Constitution de l'an XII, particulièrement art. 45.

⁶⁶ P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, op. cit., p. 539.

⁶⁷ Bien que régime parlementaire et parlementarisme puissent être distingués, nous utiliserons ces termes comme équivalents. Nous définirons ce mode de gouvernement d'abord comme le régime dans lequel le Gouvernement est responsable devant l'une au moins des chambres du Parlement. Mais, Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH l'avait révélé, c'est là prendre « l'effet pour la cause » (« Les méthodes d'études du droit constitutionnel comparé », *RIDC*, 1949, p. 415). Comme le révèlent les travaux d'Armel LE DIVELLEC – fondés notamment sur les propositions de DICEY, BAGEHOT ou encore WITTMAYER – cette définition ne doit pas masquer le versant plus positif qui en est le fondement même : l'importance de la « fonction élective » du Parlement en vertu de laquelle « le pouvoir législatif choisit l'exécutif » (cette dernière expression est de BAGEHOT in *La Constitution anglaise* 1869, p. III cité par A. LE DIVELLEC, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...)*, op. cit., p. 54-57).

Sur cette fonction élective, des éléments de droit comparé et d'Histoire sont disponibles également in A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? Une problématique introductive à l'étude de la réforme constitutionnelle de 2008-2009 », *Jus Politicum*, n°6 (en ligne), octobre 2011 et vol. hors-série, Dalloz, 2012, p. 15-45. Voir aussi J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 236 sq. Julie BENETTI emploie la formule « fonction élective de la majorité ». Sur les fonctions que BAGEHOT identifiait et leur rapport à l'*accountability*, voir P. AVRIL, « Responsabilité et *accountability* », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 87 et s.

Nous entendons donc par régime parlementaire, le régime dans lequel le Gouvernement est responsable devant l'une, au moins, des assemblées parlementaires *parce qu'il est choisi, fût-ce indirectement, par la ou les Chambres assumant une « fonction élective »*.

⁶⁸ M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, op. cit., p. 54 et s.

⁶⁹ C.-H. POUTHAS, « Les projets de réforme administrative sous la restauration », *Revue d'Histoire moderne*, n°5, 1926, p. 321-367. Cet article porte cependant essentiellement sur l'administration locale.

⁷⁰ M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, op. cit., p. 84 et s.

⁷¹ Cf. Constitution du 4 novembre 1848 art. 64 et voir le chap. VIII sur le pouvoir judiciaire ; Constitution du 14 janvier 1852, en particulier art. 6. Il faudra quand même remarquer que la Deuxième République rompt avec la formule très générale suivant laquelle le chef de l'exécutif « nomme à tous les emplois ».

époque – de poser les jalons d'un statut qui s'appliquerait à toutes les fonctions publiques et non pas seulement aux grands corps techniques issus de la Révolution⁷³.

8. Sous la Troisième République, en effet, la compétence de nomination est encore dévolue au président de la République, suivant une formule directement héritée de la Restauration⁷⁴ : « Il nomme à tous les emplois civils et militaires⁷⁵ ». MAC MAHON exerça cette compétence avec l'autoritarisme des Rois qui le précédèrent : il signait, donc entendait choisir. Or, « c'est en partie sur le terrain des nominations que va se jouer le sort [de ce] régime, avec le passage d'une conception dualiste du parlementarisme à une vision moniste consacrant la prédominance des Chambres⁷⁶ ».

Le 16 mai 1877, Patrice MAC MAHON révoqua Jules SIMON et appela le très conservateur Albert DE BROGLIE à la présidence du Conseil, au lieu du républicain GAMBETTA soutenu par l'Assemblée nationale. Ce faisant, il suscita une crise qui ne se résolut qu'en janvier 1879⁷⁷. À cette date, les républicains obtinrent la majorité au Sénat. MAC MAHON se trouva alors isolé et fut contraint de nommer des républicains dans la haute Administration. Ne se résolvant pas à l'idée de leur confier des places dans l'armée, il démissionna⁷⁸. Ici apparaît la tension entre une conception patrimoniale du pouvoir, qui appartiendrait en propre à son dépositaire, et l'idéal républicain de l'époque. L'antiquité enseigne l'égalité des espérances, la République y ajoute la question de la patrimonialité du pouvoir. Cette problématique sourd, à la fin du XIX^e siècle, dans le passage d'un pouvoir concentré à un pouvoir contrôlé. La majorité des autres présidents de la Troisième République s'effaceront

⁷² Christian THÉRÉSINE cite par exemple « une proposition de loi sur l'admission et l'avancement dans les services civils déposée devant la Chambre des députés [qui] a été rejetée par la Commission chargée de la rapporter au motif qu' "elle touchait des prérogatives royales, qui ne doivent jamais être inutilement remuées et résolues par les autres pouvoirs" » (d'après G. DEMARTIAL, *Le Statut des fonctionnaires*, 1909 p. 21 cité par C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 3).

⁷³ Il est notable que « le retard de la France en matière d'organisation administrative générale contraste singulièrement avec son indéniable avance pour ce qui concerne la qualité de la formation des cadres techniques et militaires de l'État. Dès le milieu du XVIII^e siècle, d'excellentes grandes écoles avaient en effet été créées à cet effet : École du génie de Mézières en 1748, École d'artillerie en 1756, École des ponts et chaussées en 1747, École des Mines en 1783. Les corps des Mines et des ponts et chaussées avaient été mis sur pied à la même époque. La Convention continuait cet effort avec la fondation du Muséum en 1793 et de l'École polytechnique en 1794. Mais rien n'avait été organisé pour la formation de toutes les autres catégories de fonctionnaires qui devenaient pourtant numériquement dominantes » (P. ROSANVALLON, *L'État en France. De 1789 à nos jours*, op. cit., p. 64).

⁷⁴ Cf. Charte constitutionnelle de 1814, art. 14 ; Charte de 1830, art. 13.

⁷⁵ Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, art. 3.

⁷⁶ Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », *RDP*, 1999, p. 720.

⁷⁷ Sur la « crise du 16 mai » et ses suites, voir nos développements *infra*, p. 87 et s.

⁷⁸ G. CANDAR, *Histoire politique de la III^e République*, La Découverte, coll. « Repères », 1999, p. 5 ; J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002, p. 95.

ensuite ; même si la question des nominations présidentielles a pu ressurgir, par exemple avec l'affaire du trafic de décorations qui contraint Jules GRÉVY à la démission⁷⁹. Mais, dès cette époque d'épanouissement et de consolidation du parlementarisme français, la compétence de nomination soumise au contreseing⁸⁰ des ministres qui en assumaient la responsabilité devint une compétence formelle⁸¹ du président de la République⁸² ; le pouvoir décisionnel revint aux membres du Gouvernement. En ce domaine, seule la désignation de certains Premiers ministres⁸³ et plus rarement encore de certains ministres⁸⁴ put être décidée, de façon évidente, par le président de la République ; jamais plus néanmoins en bafouant, comme le fit MAC MAHON, la fonction élective du Parlement. Pour les autres nominations, tout au plus les présidents de la Troisième République opéraient-ils par influence⁸⁵. Cette évolution se heurta au régime de Vichy.

9. Si celui-ci rompit indubitablement avec la tradition républicaine et parlementaire, il s'inscrit cependant dans la continuité s'agissant des nominations. Continuité d'abord car, comme sous la Troisième République, le « chef de l'État⁸⁶ » est celui qui « nomme aux

⁷⁹ Daniel WILSON, gendre du président de la République GRÉVY, fut accusé d'avoir usé de son influence pour entretenir un système de vente de décorations. Lorsque le « scandale » éclata, le Gouvernement ROUVIER fut renversé. S'ensuivit « une grève des Premiers ministres » qui conduisit GRÉVY à la démission. Ces agissements n'étaient pas pénalement répréhensibles à l'époque mais entraînèrent l'adoption de la loi du 4 juillet 1889 créant l'infraction de trafic d'influence (aujourd'hui codifié, art. 432-11 du Code pénal). Voir sur ce sujet notam. A. BESSIÈRE, *Il était une fois la Légion d'honneur : de la croix des braves au ruban rouge*, L'Harmattan, 2008, p. 136 et s. et E. ZEVORT, *Histoire de la Troisième République. La présidence de Jules Grévy*, F. Alcan éditeur, 1896, p. 460-466.

⁸⁰ Loi du 25 février 1875, préc., art. 3 *in fine* : « Chacun des actes du président de la République doit être contresigné par un ministre ».

⁸¹ Nous utiliserons les expressions « compétence formelle » ou « compétence nominale » pour désigner les compétences qui sont attribuées au président de la République sans qu'il bénéficie pour autant d'un pouvoir de décision. La compétence est nominale lorsque le président de la République n'est pas libre de décider s'il peut l'exercer et/ou n'est pas libre de l'exercer comme il le souhaite. Nous l'opposerons en particulier à la compétence réelle ou au pouvoir réel. Cf. G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 7^e éd., 2005, entrée « Formel » : « De pur forme (sans examen au fond) d'où péj. sans valeur réelle ou sans contrôle effectif ». Tel que nous l'entendons, l'adjectif n'est nullement péjoratif. En outre, le terme « contrôle », employé dans cette définition du *Vocabulaire juridique*, paraît ambigu. Enfin, si une compétence formelle est « sans pouvoir réel », elle n'est nullement dénuée de « valeur ».

⁸² Sur cette conception du contreseing sous la Troisième République, voir *infra* p. 87 et s.

⁸³ GRÉVY choisit FERRY ; FAURE nomma MÉLINE ; LOUBET appela WALDECK-ROUSSEAU ; FALLIÈRES désigna CLÉMENCEAU (M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, p. 345). Sur la nomination des présidents du Conseil par le président de la Troisième République, voir également S. RIALS, *La Présidence de la République*, PUF, coll. « Que sais-je », 1981, p. 46 et s.

⁸⁴ Selon Stéphane RIALS, seul CARNOT en 1889 et POINCARÉ en 1914 ont pu « participer au détail de la formation du cabinet » (S. RIALS, *La Présidence de la République*, *op. cit.*, p. 49).

⁸⁵ Le professeur RIALS décrit ainsi le rôle de GRÉVY notamment pendant les Conseils des ministres (S. RIALS, *La Présidence de la République*, *op. cit.*, p. 34-36 et p. 49 et s).

⁸⁶ Pour une Histoire de l'expression, voir M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, *op. cit.*, p. 9 et s. Voir également le cours de doctorat que le professeur BASTID consacra à la question du chef de l'État au cours de l'année 1959-1960 : *Cours de droit constitutionnel. La notion de chef d'État* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1959-1960, p. 4 et s.

emplois civils et militaires⁸⁷ ». PÉTAIN se ressaisit néanmoins du pouvoir que le parlementarisme avait ôté au président de la République. Continuité encore car le chef de l'État profita des structures administratives déjà en place⁸⁸. L'État français fonctionna grâce à une Administration en partie héritée de la Troisième République : par des agents qui servent l'État, quel qu'il soit⁸⁹. Pourtant, le régime de Vichy rompit clairement avec la République puisque ces années sont marquées par un mouvement d'« épuration⁹⁰ » et, en contrepartie, de nominations⁹¹. Celles-ci s'opposèrent frontalement aux deux mouvements amorcés sous les Républiques défuntées : recherche d'égalité et fin de la patrimonialité du pouvoir. L'anti-républicanisme s'exprima d'abord par le nationalisme dont atteste la loi du 17 juillet 1940 *concernant l'accès aux emplois dans les administrations publiques*⁹². Il fut définitivement consommé par l'antisémitisme s'exprimant dans la loi du 3 octobre 1940 qui interdit aux personnes de confession juive de prétendre aux fonctions publiques comme à certaines fonctions privées⁹³. PÉTAIN et son Gouvernement organisèrent également l'« épuration » de l'administration en évinçant les hauts fonctionnaires communistes⁹⁴, les femmes⁹⁵, les francs-maçons⁹⁶ et en leur interdisant l'accès aux fonctions publiques. L'ensemble des fonctions publiques fut exercé par des individus qui soutinrent – fût-ce passivement – le régime de

⁸⁷ On retrouve bien cette expression dans l'acte constitutionnel n°2 du 11 juillet 1940 *fixant les pouvoirs du chef de l'État français*.

⁸⁸ Dans le même sens, H. ROUSSO, *Le Régime de Vichy*, 2^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012, p. 47 et s.

⁸⁹ Par exemple, pour une étude des personnels de la magistrature de la Troisième République, il peut être utile de consulter A. BANCAUD, « La haute magistrature sous Vichy », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, vol. 49, 1996, p. 45-62. Voir aussi, P. LEGENDRE, *Jour du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Éditions de Minuit, 1976, p. 208. Une excellente bibliographie sur l'Administration à cette période est fournie in N. CARRÉ DE MALBERG, « Les fonctionnaires (civils) sous Vichy : essai historiographique », *Histoire@Politique*, n°2, 2007. Comme le titre de cet article l'indique, l'auteur s'interroge sur la façon dont les historiens ont étudié la question des fonctionnaires civils sous Vichy.

⁹⁰ Tel est le terme consacré, souvent utilisé en doctrine, pour désigner le phénomène d'« élimination d'un corps social des membres jugés indignes d'en faire partie ou considérés comme indésirables ». Cette définition permet d'en mesurer la violence (*TLFi-lex. préc.*, entrée « Épuration »). Outre les références citées immédiatement *infra*, le lecteur pourra consulter avec intérêt le numéro spécial de la revue *Histoire de la Justice* consacré à « L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération », 1993.

⁹¹ M. O. BARUCH révèle aussi combien les occupants cherchèrent à maîtriser les nominations et les révocations de fonctionnaires : *Servir l'État français. L'administration en France de 1940 à 1944*, Fayard, 1997, p. 73 et s.

⁹² L'article 1^{er} de cette loi énonce que : « Nul ne peut être employé dans les administrations de l'État, des départements, communes et établissements publics s'il ne possède la nationalité française, à titre originaire, comme étant né de père français ».

⁹³ Cette loi fut remplacée et encore aggravée par la loi du 2 juin 1941 *portant statut des juifs*, *Journal officiel de l'État français (JOET)*, 14 juin 1941, p. 2475. Voir M. O. BARUCH, *Servir l'État français (...)*, *op. cit.*, p. 127 et s.

⁹⁴ M. O. BARUCH, *ibid.*, p. 43.

⁹⁵ *Loc. cit.*, p. 110 et s.

⁹⁶ *Loc. cit.*, notam. p. 119 et s. Les loges furent explicitement interdites sinon dissoutes, comme ce fut le cas de la Grande Loge de France et du Grand Orient de France par le décret du 19 août 1940. À partir de cette date, le régime de Vichy s'attacha à recenser les francs-maçons (le *JOET* de 1941 établit nommément la liste des frères et de leur obédience), leur interdit l'accès aux fonctions publiques et interdit aux fonctionnaires d'intégrer les loges.

Vichy. Ceci fut également rendu possible par le caractère autoritaire du pouvoir : « Les secrétaires d'État, hauts dignitaires et hauts fonctionnaires de l'État prêtent serment devant le chef de l'État » et sont responsables devant lui⁹⁷. Un observateur de l'époque rapporta ainsi ces cérémonies :

Ces petits Rois que sont les préfets se trouvaient devant lui, rangés, dressés, l'âme au garde à vous. [...] On les appelle par région. L'huissier, d'un nom, évoqua une province libre ou meurtrie, avec ses gloires, avec ses peines, et celui qui en avait la charge s'avancait, montait une marche, mettait ses yeux dans ceux du Maréchal, tendait le bras, disait : « Je le jure ! » – et se donnait. Il offrait sa personne et sa foi⁹⁸.

À la Libération, l'idéal républicain prit sa revanche contre le chef de l'État.

10. La Quatrième République répartit très clairement la compétence de nomination entre le Gouvernement et le président de la République. Le chef⁹⁹ du Gouvernement « nomme à tous les emplois civils et militaires, sauf ceux prévus par les articles 30, 46 et 84¹⁰⁰ » : l'article 30 établissait une liste de nominations relevant de la compétence du président de la République en Conseil des ministres¹⁰¹ ; l'article 46 prévoyait la nomination du président du Conseil par le chef de l'État¹⁰² ; l'article 84 ajoutait à cette énumération la nomination des magistrats du siège. Renouant avec la Troisième République, les nominations présidentielles étaient contresignées « par le président du Conseil des ministres et par un ministre¹⁰³ ». Une petite révolution se joua donc sur le terrain des nominations en 1946. Il s'agit d'une révolution car, abandonnant la tradition, le Constituant confia la compétence de nomination de principe au président du Conseil des ministres, responsable de ces actes ; mais c'est une révolution à ne

⁹⁷ Acte constitutionnel n°7 du 27 janvier 1941, articles 1 et 2. Ces prestations de serment seront étendues en août 1941 à l'armée et à la magistrature par les actes constitutionnels n°8 et 9 du 14 août 1941.

⁹⁸ R. BENJAMIN, 19 février 1942, arch. nat., cote F1b1 919 [souligné dans le texte], cité par M. O. BARUCH, « Vichy, les fonctionnaires et la République », in M. O. BARUCH et V. DUCLERT, *Serviteurs de l'État*, La Découverte, coll. « Espace de l'Histoire », 2000, p. 522.

⁹⁹ Nous utilisons l'expression « chef du Gouvernement » pour désigner le Premier ministre qui, au sens le plus neutre du terme, est à la tête du Gouvernement.

¹⁰⁰ Constitution du 27 octobre 1946, art. 47. Le même mode de répartition de la compétence avait été retenu dans le projet d'avril. Voir les articles 77, 78, 96 et 112 dudit projet.

¹⁰¹ Étaient ainsi visés « les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires, les membres du conseil supérieur et du comité de la défense nationale, les recteurs des universités, les préfets, les directeurs des administrations centrales, les officiers généraux, les représentants du gouvernement dans les territoires d'outre-mer ».

¹⁰² Seules les Constitutions (ou lois constitutionnelles) françaises les plus autoritaires ont retenu l'expression « chef de l'État ». Néanmoins, faute de mieux, il est possible d'en faire un usage doctrinal pourvu qu'il soit précisé que nous l'utiliserons comme terme générique pour désigner le roi, l'empereur, le président de la République. Ce terme servira également à éviter certaines lourdes répétitions.

¹⁰³ Constitution du 27 octobre 1946, art. 103.

pas surestimer car la compétence réelle avait déjà été transférée au Gouvernement, sous la Troisième République¹⁰⁴, par l'effet de la contresignature¹⁰⁵. Comme avant 1940, les présidents AURIOL et COTY ne purent véritablement intervenir en matière de nomination que par l'exercice d'une « magistrature d'influence effective¹⁰⁶ ». Il n'est pas jusqu'aux nominations du chef du Gouvernement et des ministres qui n'aient attesté le déclin du pouvoir présidentiel sous la Quatrième République. Ce régime révèle la permanence des questions déjà soulevées : égalité, fin de la patrimonialisation du pouvoir et, avec elle, l'établissement de contrôles. La volonté de limiter la puissance présidentielle renoua ainsi avec l'ambition révolutionnaire¹⁰⁷.

11. La Cinquième République fut élevée contre sa devancière, accusée de bien des maux. Le président de la République dont furent dotées ses institutions est une figure particulière, « inédite¹⁰⁸ », ce qui rejaillit sur la façon dont ses compétences sont pensées et pratiquées. La compétence de nomination n'échappe pas à cette difficulté.

L'article 13 de la Constitution de 1958 semble caractérisé par son ambivalence¹⁰⁹ puisqu'il énonce, en ses deuxième et troisième alinéas :

« [Le président de la République] nomme aux emplois civils et militaires de l'État.

Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales sont nommés en Conseil des ministres ».

¹⁰⁴ Dans le même sens, le professeur MORABITO écrit au sujet du projet d'avril 1946 lequel, s'agissant du président de la République, sera largement repris en octobre : « Les prérogatives dont le président de la République n'avait plus que l'exercice nominal passent au président du Conseil. Il en est ainsi [...] du droit de nomination aux emplois civils et militaires » (M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, p. 392).

¹⁰⁵ Nous dirons indifféremment « contreseing » ou « contresignature » et « signature » ou « seing » pour éviter les trop nombreuses répétitions.

¹⁰⁶ S. RIALS, *La Présidence de la République*, *op. cit.*, p. 65-66. La citation est le titre d'une section, p. 62. Sur l'influence des Présidents de la Quatrième République, voir aussi P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, La Documentation française, coll. « Études », 2011, p. 29 et s.

¹⁰⁷ Voir les pages que Jeannette BOUGRAB consacre à cette question dans sa thèse : J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, *op. cit.*, p. 455 et s.

¹⁰⁸ Voir le chapitre que Marcel MORABITO consacre à « la présidence inédite de la V^e République », in *Le Chef de l'État en France*, *op. cit.*, p. 111 et s.

¹⁰⁹ Si d'un point de vue linguistique, la rédaction de la Constitution de 1958 est sujette à critique, il nous semble pourtant que le texte n'est pas si ambivalent qu'il n'y paraît de prime abord. Nous le démontrerons dans la thèse.

La tournure générale de l'alinéa 2 semble confier au président de la République la compétence de nomination de principe. Cet alinéa recèlerait la tradition constitutionnelle française antérieure à 1946. Mais le troisième alinéa de l'article 13 paraît s'opposer à cette interprétation première puisqu'il établit une liste d'emplois auxquels le président de la République nomme en Conseil des ministres à la manière de ce qui était prévu sous la Quatrième République ; les emplois concernés sont d'ailleurs presque les mêmes que sous le régime précédent. La tradition constitutionnelle et la rupture de 1946 paraissent donc cohabiter dans ces deux alinéas.

Mais l'ambivalence de la Constitution de 1958 en matière de nomination ne s'arrête pas là. En effet, les autres textes constitutionnels ne retenaient qu'un organe compétent, de façon générale, pour « nommer aux emplois civils et militaires ». La Constitution de la Cinquième République utilise par deux fois, quant à elle, cette formule générale. En effet, l'article 21 alinéa 1 prévoit que « le Premier ministre [...], sous réserve des dispositions de l'article 13, [...] nomme aux emplois civils et militaires¹¹⁰ ». À lire une part de la doctrine, l'un des problèmes majeurs des nominations sous la Cinquième République résiderait dans ces deux mots : « sous réserve ». Certains auteurs les utilisent pour avancer que le président de la République jouit de la compétence de principe¹¹¹, l'exception relevant du Premier ministre. D'autres les mobilisent pour y lire strictement l'inverse¹¹². L'imprécision du syntagme explique que Maurice DUVERGER, au sujet de la cohabitation, ait pu écrire que « la

¹¹⁰ Nous soulignons.

¹¹¹ Parmi ceux qui défendent l'idée de la compétence présidentielle de principe, citons par exemple : P.-O. CAILLE, « Président de la République », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 100, 2014, mis à jour en 2015 ; D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, t. 2 *Le régime politique français*, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 6^e éd., 2013, p. 214 ; J. COLIN, « Autorités investies du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État », *RPDA*, 1960, p. 81 ; O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2012, p. 47 ; M. DUVERGER, *Breviaire de la cohabitation*, PUF, 1986, p. 98 ; P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, *op. cit.*, p. 141 et cf., du même auteur, *Institutions administratives*, LexisNexis, coll. « Objectif Droit Cours », 4^e éd., 2011, p. 89 et p. 91 ; D. MAHERZI, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République rénové », *Politeia*, n°17, 2010, p. 339 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, coll. « Corpus de droit public », 3^e éd., 2013, p. 232 ; C. REIPLINGER, « Commentaire de l'article 13 », in F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 3^e éd., 2008, p. 496 ; A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 68 et s. ; D. TURPIN, « La présidence du Conseil des ministres », *RDP*, 1987, p. 880 ; Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 724.

¹¹² Parmi les auteurs défendant l'idée que le Premier ministre est bénéficiaire de la compétence de principe, voir notamment : A. A. CÂRDENES, *La Présidentialisation du système politique, étude de droit comparé Argentine-France*, thèse dact., Université de Poitiers, 2012, p. 242 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Université », 30^e éd., 2013, p. 512 ; M.-A. COHENDET, *La Cohabitation. Leçons d'une expérience*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1993, p. 190 et s. ; A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Economica, coll. « Corpus droit public », 6^e éd., 2014, p. 314 ; G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2006, p. 421.

nomination des fonctionnaires est le pot au noir de la Constitution, qui emmêle [...] le président de la République et le Premier ministre d'une façon presque inextricable¹¹³ ». Celle-ci ne pose pas moins question en dehors des périodes de cohabitation¹¹⁴.

12. L'Histoire peut-elle être ici utilisée comme un argument pour démêler au profit du président de la République les questions que suscite la rédaction des articles 13 et 21 de la Constitution ? Ou au contraire, sert-elle l'idée que la répartition de la compétence bénéficie à celui qui en assume la responsabilité ? Les réponses doctrinales sont contradictoires ; nous montrerons ce qui incline à privilégier une réponse positive à la seconde question.

À ce stade, il convient seulement de constater que l'Histoire de l'accès aux emplois publics est tout entière sourdement travaillée par la question de l'égalité des espérances et par celle du mode de désignation susceptible d'assurer cette égalité. L'Histoire constitutionnelle française a fait la part belle aux nominations et au chef de l'État pour y procéder. Il ne fut pourtant mis fin ni à la problématique de l'égalité, ni à celle de la patrimonialité du pouvoir, ni à celle du contrôle de la compétence de nomination. Ces défis qui semblent avoir jalonné l'Histoire des nominations emportent chacun de puissantes implications, qui semblent intimement liées entre elles.

Les mêmes questions se posent évidemment au-delà des frontières de la France et les solutions proposées par d'autres États méritent d'être présentées.

¹¹³ M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁴ Avec le professeur COHENDET, nous définirons la cohabitation comme la « coexistence d'un chef d'État et d'une majorité parlementaire représentant des tendances politiques antagonistes ». Telle est la définition que l'auteur fournit, notamment dans sa thèse consacrée au sujet : M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 - mai 1988)*, thèse dact., Université Lyon III Jean Moulin, 1991, t. 1, p. 9. Voir aussi, du même auteur, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 12.

Nous opposerons la cohabitation à la non-cohabitation et, au besoin, mais avec toutes les réserves nécessaires, aux périodes de « fait majoritaire » bénéficiant au président de la République. Car le fait majoritaire « intéresse exclusivement les rapports que la majorité entretient avec le Gouvernement [...]. [II] est réalisé par l'union du Gouvernement et de la majorité dans l'exercice du pouvoir, par leur solidarité réciproque », selon J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 20. Voir aussi, du même auteur, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime. Réflexions sur le régime parlementaire de la V^e République », *LPA*, n°138, 2008, p. 20-25. Sur ce sujet, nous renvoyons aussi à B. FRANÇOIS, « La question de la majorité parlementaire sous la V^e République », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 319-328. L'auteur étudie la manière dont la question majoritaire a façonné la réflexion sur la Cinquième République depuis 1962. Voir aussi les travaux de Pierre AVRIL et, parmi ses articles, voir en particulier : « Les chefs de l'État et la notion de majorité présidentielle », *RF sc. pol.*, n°4-5, 1984, p. 752-765. Le professeur montre comment l'expression « majorité présidentielle » s'est installée dans les discours présidentiels et il met au jour les stratégies à l'œuvre dans un tel usage. La création d'un parti politique dénommé « Union pour la majorité présidentielle » en 2002 abonde dans le sens du professeur AVRIL et illustre la pérennité du « couplage entre l'élection présidentielle et le fonctionnement des institutions », même si le parti fut rebaptisé « Union pour un mouvement populaire » après les élections présidentielles.

2.2 Les nominations à l'étranger : permanence de la question démocratique

13. La première distinction majeure à opérer réside dans la différence entre démocraties et régimes autoritaires, qui n'épargne pas la question des nominations. L'Histoire française a montré que lorsque règne un chef jaloux de ses prérogatives, les nominations sont pour lui source d'obédience et d'enrichissement personnel. Les régimes autoritaires témoignent d'une concentration du pouvoir de nomination, d'une absence de pluralité politique, d'un asservissement des agents publics à un homme ou à un parti¹¹⁵. Au contraire, les démocraties contemporaines continuent d'affronter les questions que l'Histoire a permis d'identifier. Les normes constitutionnelles¹¹⁶ attestent la grande diversité qui caractérise les nominations : les conditions de nomination¹¹⁷, les acteurs intervenant dans le processus de désignation¹¹⁸, les postes concernés¹¹⁹ sont éminemment diversifiés et leurs combinaisons conduisent à de nombreux raffinements¹²⁰.

¹¹⁵ Renvoyons à plusieurs articles à titre d'illustrations. Sur la Russie, voir L. SHEVTSOVA, « La Russie de Vladimir Poutine : un virage vers le passé ? », *Politique étrangère*, vol. 69, 2004, p. 81-94 et A. C. LYNCH, « Putin ex machina : la Russie post-soviétique dans une perspective comparative et historique », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 18, 2011, p. 141-160. Sur la Corée du Nord, E. SEIZELET, « “Succession dynastique” et communisme de pénurie : la crise du régime nord-coréen », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 28, n°3, 1997, p. 131-156 en particulier p. 143. Sur la Syrie, E. KEINLE, « Entre jama'a et classe. Le pouvoir politique en Syrie contemporaine », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, vol. 59, 1991, p. 211-239. Voir aussi l'analyse proposée par Philippe DROZ-VINCENT in *Moyen-Orient : pouvoirs autoritaires, sociétés bloquées*, PUF, coll. « Proche-Orient », 2004, p. 7 et s. pour une introduction et, p. 148 et s. notamment pour une confrontation des régimes syrien et jordanien.

¹¹⁶ Lorsque nous citerons des textes constitutionnels étrangers dans cette thèse, il s'agira, sauf mention contraire, des traductions proposées par Jean-Pierre MAURY sur son site internet : Digithèque des matériaux juridiques et politiques.

¹¹⁷ Exigence d'une élection, d'un avis ou d'une proposition préalables à une nomination ; exigence d'un contreseing qui n'est pas toujours primo-ministériel ; combinaison entre avis, proposition et contresignature...

¹¹⁸ Assemblée, Premier ministre, Juges, etc.

¹¹⁹ Juges, membres de cours suprêmes (cours des comptes, administrative, judiciaire ou constitutionnelle), ambassadeurs, hauts emplois militaires, présidents d'autorités administratives indépendantes, etc.

¹²⁰ Pour l'essentiel, cette analyse est conduite à la seule lecture des textes constitutionnels. Évidemment, il n'est pas rare que ces textes renvoient à des dispositions législatives mais il n'est pas inutile de constater ce que la Constitution prévoit ou non.

2.2.1 Les nominations présidentielles dans un régime présidentiel : l'exemple des États-Unis

14. L'étude du régime américain en matière de nomination est souvent rattachée au *spoils system* selon lequel, à chaque élection présidentielle, s'opère un vaste changement dans l'administration fédérale. L'existence même d'un système de dépouilles généralisé mérite d'être relativisée¹²¹. Il ne concerne qu'un faible pourcentage des près de 4 500 000 fonctionnaires fédéraux civils et militaires américains¹²². Néanmoins, la politisation systématique et assumée – fût-elle limitée aux fonctions d'autorités les plus significatives à l'échelon fédéral – pourrait paraître incompatible avec la neutralité des fonctions publiques liée au pluralisme démocratique comme avec le principe d'égalité. Deux arguments permettent de désamorcer une telle critique cependant. D'abord, « les fonctionnaires sont réputés servir non pas l'État mais le peuple¹²³ ». Ceci peut justifier que, lorsque les élections ont porté un président au pouvoir, la plus haute administration se renouvelle conformément au vote du peuple¹²⁴. Ensuite, et peut-être de façon plus déterminante, la Constitution prévoit que les nominations présidentielles dépendent « de l'avis et du consentement » du Sénat. Aux termes de l'article II section 2 de la Constitution des États-Unis, « [le président] désigne et, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, il nomme les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls publics, les juges à la Cour Suprême et tous les autres *officers* des États-Unis dont la nomination n'est pas autrement prévue par la Constitution¹²⁵ ». Le *spoils system* peut donc être atténué par le *confirmation process*¹²⁶ requérant l'avis et le consentement (*advice*

¹²¹ Le professeur MBONGO propose une présentation riche, complète et actuelle de la situation aux États-Unis in « La séparation entre administration et politique en droit américain », in P. MBONGO (dir.), *La Séparation entre Administration et politique en droits français et étrangers*, op. cit., p. 47-76.

¹²² Un système de sélection au mérite doublé d'un système de carrière caractérise la majeure partie des recrutements. Pour l'Histoire du *Merit System*, voir *ibid.*, p. 51-55.

¹²³ G. CALVÈS, « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé ? », *EDCE*, 2003, p. 390.

¹²⁴ Telle est l'idée défendue *in loc. cit.*

¹²⁵ Notre trad. pour « he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public ministers and consuls, judges of the Supreme Court, and all other officers of the United States, whose appointments are not herein otherwise provided for ». Compte tenu de l'article qu'il consacre à l'administration américaine, le professeur MBONGO (P. MBONGO, « La séparation entre administration et politique en droit américain », art. cité., p. 56-58) nous convainc de maintenir le terme *officers*, car d'après la décision CS, *Buckley vs. Valeo* (424 U.S. 1, 1976), l'*officer* désigne « toute personne nommée [auprès du pouvoir exécutif] exerçant une autorité significative conformément aux lois des États-Unis » (la traduction est de P. MBONGO *in ibid.*, p. 57).

¹²⁶ Tel est le terme consacré pour désigner cette procédure.

and consent) du Sénat. Mais ceci est vrai surtout lorsque le Sénat et le Président sont politiquement opposés.

15. Tous les deux ans, environ soixante-cinq mille nominations militaires et cinq mille nominations civiles sont soumises à l'avis de la Chambre¹²⁷. Seules les désignations aux deux mille postes les plus importants (agences indépendantes, ambassadeurs, juges fédéraux, y compris ceux de la Cour suprême, etc.) sont précédées d'une procédure poussée d'investigation et d'audition. De nombreuses études américaines montrent combien le rejet est un cas extrême car le *confirmation process* oblige les présidents à proposer des candidats à la fois irréprochables et relativement consensuels¹²⁸. S'agissant, par exemple, des nominations à la Cour suprême depuis 1789, sur les cent soixante candidats proposés à ces postes, le Sénat a consenti à cent vingt-quatre propositions – dont sept n'ont pas abouti par refus de servir de la part des candidats retenus (*declined*) –, en a rejeté douze et a refusé de se prononcer dans neuf cas (*no action*) ; dans douze autres cas, le Président a finalement retiré son candidat initial pour en proposer un second, voire un troisième¹²⁹.

Finalement, la nomination des collaborateurs personnels du Président est l'illustration la plus topique, et la plus marginale, du *spoils system*. En effet, leur nomination n'est que rarement soumise au contrôle des sénateurs¹³⁰, car les *czars*, sans « consistance juridique¹³¹ », ne sont pas juridiquement habilités à exercer des fonctions exécutives, à l'inverse des *officers*. En pratique, pourtant, leurs fonctions sont déterminantes, ce qui explique d'ailleurs leur dénomination¹³². Dès les débuts de la présidence OBAMA, un débat se noua à leur sujet. Soit il fallait admettre qu'ils étaient dépourvus de tout pouvoir juridique et, en ce cas, il ne fallait nullement soumettre leur nomination au Sénat ; soit il fallait prendre acte de leur pouvoir factuel, et soumettre leur nomination au *confirmation process*. La première solution semble jusqu'à présent avoir été privilégiée. Mais les questions qu'elle suscite sont aisément

¹²⁷ Site du Sénat des États-Unis d'Amérique.

<http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Nominations.htm>

¹²⁸ Sur ce *confirmation process* et les stratégies présidentielles, voir L. H TONG, « Senate Confirmation Process : An Overview », Report for Congress, 2003 et M. J. GERHARDT, *The Federal appointments process. A constitutional and historical analysis*, Duke University Press, 2003 (voir également *infra*, p. 509 et s.).

¹²⁹ Site du Sénat des États-Unis d'Amérique.

<http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm>

C'est ainsi que le président TYLER a dû proposer trois candidats avant la confirmation du remplaçant du juge THOMPSON. La première proposition datait de janvier 1844 et la confirmation n'intervint qu'en février 1845.

¹³⁰ Il semble que ne soient soumis à l'*advice and consent* que les *czars* considérés en même temps comme des *officers*.

¹³¹ P. MBONGO, « La séparation entre administration et politique en droit américain », art. cité, p. 59.

¹³² César, tsar, czar.

perceptibles. En effet, en se fondant sur une analyse du droit, un pouvoir factuel fort échappe à tout contrôle. À l'inverse, opérer un contrôle reviendrait à consacrer un pouvoir usurpé.

La procédure de nomination aux États-Unis fournit ainsi des renseignements intéressants quant aux modalités de contrôle possibles. Dans le même temps, le cas des *czars* atteste les limites même du contrôle selon que l'on se fonde sur le droit ou le fait. Des questions analogues se posent en droit français. Si les États-Unis constituent un témoignage intéressant d'une recherche d'équilibre des pouvoirs du Président par l'intervention d'une assemblée dans le cadre du régime présidentiel, cette problématique est également partagée par les régimes parlementaires européens.

2.2.2 Les nominations présidentielles dans les régimes parlementaires biélectifs de l'Union Européenne

16. Afin de mieux comparer les nominations présidentielles sous la Cinquième République avec des régimes analogues, il peut sembler justifié d'examiner à ce stade introductif les seuls régimes parlementaires biélectifs¹³³ de l'Union européenne¹³⁴, c'est-à-dire les treize régimes républicains¹³⁵ et parlementaires dans lesquels le président de la République comme l'une au moins des Chambres du Parlement sont élus au suffrage universel direct¹³⁶. Dans tous ces États la question de l'ampleur du pouvoir présidentiel est à interroger. Cela suppose d'examiner le rôle, en droit et en fait, du Gouvernement dans son rapport au président de la République en matière de nomination, la fonction dévolue aux Chambres et la nature des emplois concernés, au moins en vertu d'une disposition constitutionnelle.

17. Le Gouvernement intervient de diverses manières dans les nominations soumises à la signature présidentielle.

¹³³ Nous empruntons ce terme au professeur COHENDET. Voir M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « LMD », 2013, notam. p. 150 et s. L'auteur a abandonné l'expression « régime parlementaire bireprésentatif » présent dans ses anciens ouvrages. Voir par exemple M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.* Pour une discussion critique de cette ancienne dénomination, voir B. DAUGERON, *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 218 et s.

¹³⁴ Il s'agit de l'Autriche, de la Bulgarie, de la Croatie, de la Finlande, de la France, de l'Irlande, de la Lituanie, de la Pologne, du Portugal, de la République tchèque, de la Roumanie, de la Slovaquie et de la Slovénie.

¹³⁵ Nous l'opposons à « monarchique ».

¹³⁶ Les régimes monoélectifs seront également étudiés ponctuellement dans la thèse (le lecteur pourra se reporter à l'index thématique).

D'abord, il est lui-même directement concerné puisque dans la plupart des cas, le Premier ministre¹³⁷ est nommé par le président de la République. Les Constitutions prévoient parfois qu'il est nommé sans contreseing et sans l'intervention préalable et positive du Parlement ; c'est le cas par exemple en France¹³⁸, en Pologne¹³⁹, en République tchèque¹⁴⁰ ou encore en Slovaquie^{141/142}. Une fois nommé, le Premier ministre intervient également en matière de nomination. En particulier, il est très souvent habilité à *proposer* des noms notamment pour pourvoir les postes de ministres¹⁴³. Le Premier ministre, les ministres ou le Gouvernement peuvent ensuite eux-mêmes être organes de proposition. Il peut en être ainsi pour la nomination des juges¹⁴⁴, des ambassadeurs¹⁴⁵, du président de la juridiction financière¹⁴⁶, etc. Seule la Finlande prévoit que, pour toutes les nominations, le président de la République doit s'enquérir de la proposition du Gouvernement¹⁴⁷.

Le Premier ministre et/ou les ministres ont également très souvent en charge la contresignature des actes de nomination signés par le président de la République. La plupart des États exemptent cependant certaines nominations du contreseing¹⁴⁸. Seuls trois États ne prévoient aucune contresignature : Finlande, Irlande et Slovaquie. Pour autant, le Gouvernement n'y est pas pleinement étranger aux nominations. En Finlande et en Irlande, les actes présidentiels de nomination ne sont accomplis et valables que sur la proposition¹⁴⁹ et/ou sur l'avis¹⁵⁰ du Gouvernement. En Slovaquie, à l'inverse, le Gouvernement n'intervient, en matière de nomination, ni par ses propositions ni par son contreseing. Dans cet État

¹³⁷ Pour ne pas alourdir la présentation, indépendamment des dénominations propres à chaque État, nous avons adopté le vocabulaire des institutions françaises et donc les concepts qu'il recouvre (au moins intuitivement). Pour ce qui est du Parlement, nous avons retenu les termes « Assemblée nationale » et « Sénat » dans le cadre des régimes bicaméraux ; « Parlement » pour désigner les deux chambres ; « Assemblée » pour les régimes monocaméraux.

¹³⁸ Constitution française, art. 8 al. 1 et art. 19.

¹³⁹ Constitution polonaise, art. 144. §3.11 et art. 154.

¹⁴⁰ Constitution tchèque, art. 62 et 63.

¹⁴¹ Constitution slovaque, art. 102.g.

¹⁴² En Autriche (art. 70 de la Constitution) et en Bulgarie (art. 102 *a contrario*), le nouveau Premier ministre contresigne lui-même sa nomination. En Croatie, c'est le président du Parlement qui « cosigne » le décret (art. 110).

¹⁴³ Par exemple en France (art. 8 al. 2), en Finlande (art. 61), en République tchèque (art. 68), en Pologne (art. 154) et en Slovaquie (art. 111).

¹⁴⁴ Constitution autrichienne, art. 86.

¹⁴⁵ C'est le cas en Bulgarie (art. 98§6), en Roumanie (art. 91) ou encore en Lituanie (art. 84).

¹⁴⁶ Constitution portugaise, art. 133.

¹⁴⁷ Constitution finlandaise, art. 58. Cependant, la Finlande est un des rares pays dans lesquels les actes de nomination sont tous dispensés de contreseing.

¹⁴⁸ Voir, par exemple, Constitution du Portugal, art. 133 ; Constitution française, art. 19 ; Constitution lituanienne, art. 84.

¹⁴⁹ Constitution de la Finlande, art. 58.

¹⁵⁰ Constitution de l'Irlande, art. 13§11.

cependant, le nombre de nominations relevant de l'Assemblée nationale et échappant à la compétence de nomination du président de la République est globalement plus important que dans les autres États européens étudiés. Pour avoir une vision synthétique de ces éléments de comparaison, il est possible de confronter les procédés de nomination en retenant un certain nombre d'emplois, qui peuvent être considérés comme particulièrement importants compte tenu de leur fonction dans l'État : les ambassadeurs, les juges des cours suprêmes – judiciaire, administrative et financière –, les juges constitutionnels et deux organes de contrôle que sont le directeur de la banque nationale et le Défenseur des droits¹⁵¹.

18. Une telle étude fait apparaître que la compétence de nomination du Président slovène est très réduite en comparaison des autres pays comparables de l'Union européenne. Dans cet État, l'Assemblée nationale élit les titulaires des postes concernés dans cinq cas sur les sept retenus. La France et l'Irlande font, quant à elles, figure d'exception puisqu'elles ne prévoient aucune nomination par voie d'élection parlementaire. Cela dit, la France organise une procédure d'avis parlementaire pour trois des sept emplois analysés. Quant à l'Irlande, elle prévoit l'émission d'une proposition parlementaire dans deux cas.

Ces données permettent d'énoncer plusieurs conclusions¹⁵². Compte tenu de la méthode retenue, procédant par échantillon – ce qui peut créer un phénomène de distorsion –, il n'est pas possible d'induire de cette comparaison des conclusions générales, qui ne seraient guère fiables. Une telle démarche permet néanmoins de mesurer la diversité à l'œuvre en matière de nomination, en même temps que certaines régularités. D'abord, ces données illustrent la diversité des modes de dévolution des emplois et fonctions publics déjà relevée à titre liminaire. Elles révèlent aussi une certaine cohérence et une communauté de pensée dans la façon d'organiser les nominations présidentielles : tous les États démocratiques – qu'il s'agisse d'un régime présidentiel ou parlementaire – cherchent à associer au Président un autre acteur qui, soit propose, soit donne son avis, soit contresigne, etc¹⁵³. Dans les régimes parlementaires, les modalités de nomination engagent ou bien le Gouvernement, qui propose ou contresigne, ou bien le Parlement, qui propose ou élit lui-même les titulaires des charges publiques. Quant au rôle du Gouvernement en France, la contresignature primo-ministérielle

¹⁵¹ Outre leur importance, nous les avons aussi choisis car il s'agit d'emplois aisément identifiables dans les différents régimes biélectifs étudiés. Derrière des termes souvent identiques, en l'espèce, se cachent des fonctions globalement similaires et, à ce titre, comparables.

¹⁵² L'annexe 1 permet une vue synoptique de cette comparaison.

¹⁵³ La très notable exception des ambassadeurs slovènes mérite d'être soulignée.

des actes de nomination est au centre de l'exercice de la compétence. En revanche, la France est en retrait quant à la participation de la représentation nationale dans l'attribution d'emplois publics. Les parlementaires français n'élisent pas eux-mêmes les titulaires de fonctions publiques importantes. Ils disposent, pour un faible nombre de nominations, d'une faculté de s'opposer mais l'interdiction de nommer ne peut être donnée qu'à la majorité des trois cinquièmes des membres des commissions permanentes compétentes¹⁵⁴. À l'inverse, aux États-Unis ou dans les régimes biélectifs européens qui prévoient l'élection par l'une des Chambres pour certaines fonctions, l'accord ou le refus dépendent d'une majorité simple.

19. Ainsi, le droit comparé révèle la permanence d'un certain nombre de problématiques qui ont jalonné l'Histoire. La diversité apparente des modalités de nomination ne doit pas masquer la régularité d'un certain nombre de solutions. Cette régularité réside notamment dans la distribution de la compétence de nomination entre différents organes. La multiplicité des participants peut être source de contrôle et donc un moyen de rechercher l'égalité : c'est là évoquer en d'autres termes la séparation des pouvoirs entendue comme une mitigation du pouvoir¹⁵⁵. Une certaine communauté de préoccupations et de solutions peut donc être décelée derrière la diversité. Mais les convergences au point de vue normatif ne doivent pas occulter certaines divergences au point de vue pratique. Le *système politique*¹⁵⁶ français, de ce point de vue, se démarque nettement de celui des autres régimes biélectifs de l'Union européenne. Il est en effet l'un des rares dans lesquels le président de la République, hors cohabitation, agit quotidiennement en chef de Gouvernement, sinon en chef de parti¹⁵⁷. Une

¹⁵⁴ Cette procédure est spécifiquement étudiée dans le dernier titre de la thèse.

¹⁵⁵ Sur une telle conception de la séparation des pouvoirs, voir A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 136 et s.

¹⁵⁶ Nous adoptons (pour des raisons théoriques exposées *infra*, p. 54 et s.) la terminologie proposée par Marie-Anne COHENDET et les définitions que l'auteur retient. « Le régime politique correspond à la norme constitutionnelle telle qu'elle est prévue par le texte » (M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 162). Nous le distinguons du système politique qui « correspond aux faits, à la pratique, à l'application » (*idem*). Voir aussi les développements que l'auteur consacre à la question *in* M.-A. COHENDET, « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », *in op. cit.*, p. 299-314.

¹⁵⁷ Pour des éléments sur les différents régimes biélectifs de l'Union européenne voir E. GROSSMAN et N. SAUGER, *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'UE*, De Boek, coll. « Ouvertures politiques », 2007, 256 p. Ce livre, quoique déjà un peu daté, propose des comparaisons thématiques encore assez actuelles pour la plupart et fournit d'utiles tableaux récapitulatifs. Voir également M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 235 et s. Voir aussi J. M. DE WAELE et P. MAGNETTE (dir.), *Les Démocraties européennes*, Armand Colin, coll. « U. Science politique », 2^e éd., 2010, 461 p. Chaque État membre de l'Union européenne y fait l'objet d'un chapitre spécifique présentant au moins des éléments d'Histoire, des données sur le pouvoir exécutif, sur le système électoral et partisan et sur le Parlement. Chaque étude est close par une bibliographie indicative parfois très riche. Cependant, compte tenu de sa date de parution, cet ouvrage ne fournit pas d'information sur la Croatie. Quant à la Hongrie, une nouvelle Constitution fut adoptée en 2011 à l'initiative de Victor ORBAN. Quoique le président de la République n'y soit pas élu au suffrage universel direct, il apparaît

telle affirmation peut être nuancée par l'observation des systèmes finlandais¹⁵⁸, polonais¹⁵⁹ ou portugais¹⁶⁰. Mais dans ces trois États, comme dans les autres régimes biélectifs de l'Union européenne, la fonction présidentielle qui put être puissante fut progressivement « neutralisée¹⁶¹ ». Aux côtés de la France, seules la Slovaquie¹⁶² et la Roumanie¹⁶³ admettent encore un système globalement présidentieliste¹⁶⁴. Aussi est-il possible d'affirmer que :

comme une figure forte du régime.

Traitant de l'Autriche, Anton PELINKA écrit : « Comme le président ne peut agir sans avoir désigné un Gouvernement et comme le Gouvernement dépend de la majorité au sein du conseil national, le rôle politique du président de l'Autriche est limité de manière significative ». (A. PELINKA, « L'Autriche », in J. M. DE WAELE et P. MAGNETTE (dir.), *Les Démocraties européennes*, op. cit., p. 33).

Antony TODOROV, au sujet de la Bulgarie, affirme que « dans ce système, le Gouvernement issu de la majorité parlementaire est contrebalancé par un président faible, mais symboliquement important, parce qu'élu au suffrage universel » (A. TODOROV, « La Bulgarie », in *ibid.*, p. 69).

Pour Gary MURPHY, la présidence irlandaise serait « l'une des plus faibles » sinon « la plus faible qui soit élue directement » (G. MURPHY, « L'Irlande », in *ibid.*, p. 201).

Quant aux pouvoirs du président lituanien, Algis KRUPAVICIUS, écrit qu'ils « sont relativement faibles vu que ses fonctions sont dans une large mesure honorifiques et non effectives » (A. KRUPAVICIUS, « La Lituanie », in *ibid.*, p. 255).

« En Slovénie, les fonctions et les pouvoirs du chef de l'État sont plutôt symboliques et honorifiques, tandis que le Gouvernement jouit de tous les pouvoirs exécutifs », écrivent Irena BRINAR et Mitja ZAGAR in *ibid.*, p. 399.

En République tchèque, si la présidence de Václav HAVEL fut particulièrement interventionniste et si le Président tenta « de renforcer le rôle de la fonction présidentielle [...] et [travailla] à l'accroissement de son influence », il semble qu'il s'agisse d'une exception. Car « le rôle décisif dans la branche exécutive est joué par le Gouvernement » (B. DANCÁK et V. HLOUŠEK, « La République tchèque », in *ibid.*, p. 437).

Voir également le chapitre que Bastien FRANÇOIS consacre à la France : « La France », in *ibid.*, p. 161-174.

¹⁵⁸ « Le rôle du président dans la démocratie finlandaise a évolué mais reste important. [...] Si le rôle du président est officiellement très étendu, en pratique les propositions gouvernementales et les décisions parlementaires sont respectées par le président », écrit Matti WIBERG, in J. M. DE WAELE et P. MAGNETTE (dir.), *Les Démocraties européennes*, *ibid.*, p. 148.

¹⁵⁹ Jacek RICIBORSKI montre que le président de la République polonaise dispose de pouvoirs importants ; il affirme cependant que « au niveau de l'exécutif, c'est le Conseil des ministres qui joue un rôle fondamental dans le système polonais » (J. RICIBORSKI, in *ibid.*, p. 314).

¹⁶⁰ Voir la présentation historique que proposent Marina COSTA LOBA, Antonio COSTA PINTO et Pedro MAGALHÃES in *ibid.*, p. 327 et s.

¹⁶¹ Tel est le terme retenu par le professeur LE DIVELLEC au sujet de la présidence autrichienne : A. LE DIVELLEC, « La neutralisation de la Présidence de la République en Autriche », *RF sc. pol.*, n°6, 1996, p. 936-960. Jean-Luc PARODI évoque également la « neutralisation consensuelle de la présidence [...] en Autriche, en Irlande ou en Islande » (in « Éléments constitutifs et combinatoires institutionnelles », *RF sc. pol.*, n°4-5, 1984, p. 646). Tel est aussi le substantif choisi par Benoît SCHAEFFER dans la troisième partie de sa thèse sur « La neutralisation d'une institution » (B. SCHAEFFER, *L'Institution présidentielle dans les États d'Europe centrale et orientale*, thèse dact., Université de Nantes, 2010, p. 379 et s.).

¹⁶² Grigorij MESEZNIKOV présente le Président slovaque comme un chef d'État doté de pouvoirs importants depuis la révision de 1999 qui introduisit également son élection au suffrage universel direct. L'auteur ajoute cependant que « le pouvoir du Président est contrebalancé par d'autres institutions ». Il cite en exemple le contreseing du Premier ministre et les propositions des parlementaires préalablement à la nomination des juges de la Cour constitutionnelle (G. MESEZNIKOV, « La Slovaquie », in *ibid.*, p. 386-387).

¹⁶³ Des régimes biélectifs, la Roumanie semble, avec la France, celui où la figure présidentielle est encore importante. Les auteurs y décrivent un « semi-présidentialisme à intermittences parlementaires » (S. SOARE et C. PREDA, « La Roumanie », in *ibid.*, p. 346).

¹⁶⁴ Nous faisons nôtre ce néologisme répandu. Nous le définirons comme le *système* politique (voir *supra*, note p. 27) dans lequel la volonté du président de la République est prééminente. Nous emploierons le terme « présidentielisation » pour désigner le mouvement par lequel le présidentielisme s'est installé. Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « Présidentielisme » et A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS,

La présidentialisation souvent constatée des démocraties européennes ne devrait pas laisser croire que le semi-présidentialisme est une forme de régime vers lequel tendent la plupart des démocraties européennes. Les Présidents, au cours de ces dernières années, tendraient même au contraire à perdre plutôt de leur pouvoir, à l'exception, il est vrai, de la France¹⁶⁵.

En France, le droit des nominations présidentielles soulève et entretient les questions démocratiques qui se posent ailleurs et y apporte parfois des réponses originales, peu communes et, par certains aspects, déconcertantes. Au reste, les dispositions juridiques se heurtent au présidentialisme au point, semblerait-il parfois, de s'y consumer.

Une étude de la compétence de nomination du président de la Cinquième République doit interroger ces solutions, leurs limites et leur rapport au système politique.

II. L'OBJET DE LA THÈSE

20. Plusieurs contraintes ont guidé l'élaboration des définitions utiles à la thèse. Il convient de les mettre au jour pour préciser les termes du sujet.

En premier lieu, les définitions proposées ne sauraient être contre-intuitives. Aussi doivent-elles d'abord être établies sur une démarche lexicologique en rapport avec l'objet qu'elles se donnent. Autrement dit, elles tiendront compte « de l'usage effectif des termes dans un

Dictionnaire du droit constitutionnel, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2013, entrée « Présidentialisme ».

¹⁶⁵ E. GROSSMAN et N. SAUGER, *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'UE*, *op. cit.*, p. 124.

Le terme « semi-présidentialisme » ou régime « semi-présidentiel », qui fut largement diffusé par Maurice DUVERGER (voir *Les Régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, 367 p. et son article, « A New Political System Model : Semi-Presidential Government », *European Journal of Political Research*, n°8, 1980, p. 52-69) est souvent utilisé pour désigner certains régimes biélectifs à prééminence présidentielle. Pour des développements critiques et une bibliographie sur le régime « semi-présidentiel », voir M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, *op. cit.*, t. 1, p. 120 et s. Pour d'autres éléments d'analyse critique, voir S. D. ROPER, « Are All Semipresidential Regimes the Same ? A Comparison of Premier-Presidential Regimes », *Comparative Politics*, vol. 34, n°3, 2002, p. 253-272. Miroslav NOVAK propose également des éléments de bibliographie in « Élection directe du Chef de l'État : tour d'horizon sur une question d'actualité », *Revue Est Europa*, 2013, p. 177-195.

Ce concept est souvent convoqué par la doctrine européenne, parfois de façon critique : par exemple, voir O. AMORIM NETO and M. COSTA LOBO, « Portugal's semi-presidentialism (re)considered : An assessment of the president's role in the policy process, 1976-2006 », *European Journal of Political Research*, n°48, 2009, p. 234-255 ; M. PEROTTINO, « Les enjeux multiples du mode d'élection présidentiel tchèque », *Revue Est Europa*, 2013, p. 247-258 ou encore E. SIMINA TANASESCU, « Réussite de la procédure de suspension et échec de la déchéance du Président de Roumanie », *RFDC*, n°73, 2008, p. 181-184). Ce concept est parfois utilisé en Italie, qui est pourtant un régime monoélectif : C. FUSARO, *Le Radici del semi-presidenzialismo. Viaggio alle origini di un modello cui si guarda in Italia*, Soveria Mannelli, 1998, 406 p. ou encore A. MASTROPAOLO, « Il dualismo rimosso. La funzione del presidente della repubblica nella forma di Governo parlamentare italiana », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n°3, 2013.

ensemble de normes déterminées¹⁶⁶ ». Il s'agira de cerner la notion de « nomination »¹⁶⁷. Néanmoins, la doctrine ne saurait être pleinement tributaire du langage du droit positif sans perdre tout à la fois sa vocation explicative, interrogative et critique. Aussi sont-ce, *in fine*, des définitions stipulatives qui seront retenues. En d'autres termes, ces définitions viseront non seulement, dans une démarche doctrinale – d'aucuns diraient dogmatique –, à rendre compte du « langage légal¹⁶⁸ », mais elles devront encore permettre, dans une démarche méta-doctrinale – ou théorique – de dépasser ce langage. En outre, si, par hypothèse, une définition stipulative n'est « ni vraie ni fausse mais seulement opératoire pour un problème spécifique¹⁶⁹ », les propositions émises seront ensuite confrontées à deux démarches qui permettront d'en vérifier la pertinence. Ainsi, en deuxième lieu, veillerons-nous à ce que les définitions proposées distinguent l'objet qu'elles visent et d'autres objets proches. Enfin, si les définitions doivent être discriminantes, elles devront cependant demeurer suffisamment ouvertes pour ne pas trop restreindre *a priori* la recherche.

Telle est donc la démarche à suivre pour préciser la terminologie retenue et définir la compétence (2) de nomination (1) du président de la Cinquième République¹⁷⁰ (3).

1. LA NOMINATION

Une définition stipulative du terme « nomination » peut être proposée, qui prendra néanmoins le droit positif comme référence (1). Cette définition doit permettre de distinguer la « nomination » de substantifs voisins (2).

¹⁶⁶ É. MILLARD, « L'analyse lexicologique de Norberto Bobbio », *Analisi e diritto*, 2005, p. 210.

¹⁶⁷ Même s'il faut bien concéder que les pages qui précèdent dessinent déjà en creux une définition de la nomination.

¹⁶⁸ Sur les différents langages juridiques voir J. WROBLEWSKI, « Les langages du droit : une typologie », *Droits et société*, n°8, 1988, p. 15-30. Dans une perspective analytique du langage, l'auteur propose de distinguer le « langage légal » (c'est-à-dire « le langage dans lequel on formule les lois ») du « langage juridique » comme méta-langage (c'est-à-dire des « langages relevant du discours du droit »). L'auteur retient trois types de langage juridique : le « langage juridique jurisprudentiel » (« celui dans lequel on formule les décisions relevant de l'application du droit ») ; le « langage juridique scientifique propre au discours de la science juridique » ; le « langage juridique commun » (« utilisé dans les autres discours concernant le droit ») (p. 16-17). Sa démarche consiste à s'interroger sur chacun de ces langages et sur leur rapport respectif à la langue naturelle.

¹⁶⁹ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », art. cité, p. 102.

¹⁷⁰ Nous nous sommes inspirée de la méthode de définition que Julien BÉTAILLE suit dans sa thèse. Cf. J. BÉTAILLE, *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dact., Université de Limoges, 2012, p. 20 et s.

1.1 Proposition d'une définition stipulative de la nomination

21. En se référant aux dictionnaires usuels de langue française, il apparaît que le terme « nomination » admet deux sens différents. Il s'agit, d'une part, de l'action de nommer (procédure) et du résultat de cette action, le fait d'être nommé (objet)¹⁷¹. Ce double sens est le produit de l'évolution historique du mot. En effet, le mot désigna d'abord « l'action qui consiste à nommer quelqu'un à un poste (1305) » puis, par un phénomène de métonymie, il visa également « le document qui notifie à l'intéressé sa désignation à une fonction (1813) » (acte) et, enfin, le fait d'être nommé (fin XIX^e)¹⁷². Les dictionnaires juridiques proposent des définitions qui se rapprochent des origines latines du mot. Le verbe « nommer » et son substantif n'auraient donc pas d'autonomie dans les langages du droit qui, en ce cas, renvoie (au moins pour le principal) à la langue naturelle¹⁷³. Trois sens de « nomination » ressortent du *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de Gérard CORNU : objet, procédure et acte.

L'objet de la nomination se présente comme « synonyme, dans un sens générique de *désignation* (individuelle), de *commission* (avec indication du nom de celui qui est commis) ». La procédure de nomination désigne « plus spécifiquement et par opposition à [l']*élection*, [l']opération par laquelle *un seul* investit une personne d'une *fonction*. Ex. *Constitution 1958, a. 13 et 21* ». La nomination comme acte, enfin, concernerait exclusivement la nomination des fonctionnaires et serait l'« *acte* qui, avec la *titularisation*, conditionne la collation de la qualité de fonctionnaire »¹⁷⁴. Ces trois sens se trouvent également synthétisés dans le *Dictionnaire du droit constitutionnel* d'Armel LE DIVELLEC et Michel DE VILLIERS :

¹⁷¹ Telle est la distinction opérée par le *Trésor de la Langue Française informatisé*, comme par le dictionnaire de l'Académie, le Littré, l'*Encyclopædia Universalis* ou celle de DIDEROT et d'ALEMBERT.

¹⁷² A. REY (dir.), *Dictionnaire Historique de la Langue Française. Nouvelle édition*, Le Robert, 2010, entrée « Nomination ».

Le verbe « nommer » vient du latin *nomino* (*nominare*). D'après le dictionnaire du professeur GAFFIOT, le verbe *nominare* du latin classique prenait six sens. Parmi eux, « proposer pour une fonction, une charge ou nommer, désigner [un magistrat] ». Puis, dérivé de *nomino*, le verbe *nominatio* est spécifiquement apparu pour ne désigner que l'action de nommer à une fonction ou une charge (F. GAFFIOT, *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934, entrée « *Nomino* »).

¹⁷³ « LL [*langage légal*] reste un dérivé de LN [*langue naturelle*] sans devenir un langage artificiel », écrit Jerzy WROBLEWSKI in « Les langages du droit : une typologie », art. cité, p. 18).

¹⁷⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Nomination ». Dans ce qui suit, nous soulignons à dessein, en italique, les éléments sur lesquels nous reviendrons.

« *Acte* par lequel *une* institution désigne le titulaire d'une fonction ou d'un emploi déterminé¹⁷⁵ ».

22. Trois dimensions de « nomination » apparaissent ainsi à la fois dans la langue naturelle et dans le langage juridique. Premièrement, la nomination a pour *objet* de désigner une personne à une fonction, un emploi ou une dignité¹⁷⁶. Deuxièmement, la nomination est un *acte* juridique : ceci vise à la fois le document, *instrumentum*¹⁷⁷, mais aussi le *negotium*. Troisièmement, la nomination est une *procédure* : un ensemble d'actes ou d'actions nécessaires pour aboutir à l'acte final.

La compétence de nomination viserait la compétence ayant la nomination pour objet, c'est-à-dire la compétence de désigner une personne à une fonction, un emploi ou une dignité. L'acte de nomination serait l'acte juridique ayant pour objet d'attribuer une fonction, un emploi ou une dignité. La procédure de nomination renverrait à l'ensemble des étapes permettant la création de l'acte de nomination.

Il convient à présent de vérifier si cette définition permet effectivement de discriminer la nomination de ses synonymes¹⁷⁸ les plus proches. Autrement dit, il faut répondre à la question de savoir ce que n'est pas la nomination.

1.2 Distinguer la « nomination » d'autres notions proches

En reprenant les définitions fournies par les dictionnaires juridiques, trois termes proches de nomination apparaissent : deux synonymes, à savoir « désignation » et « titularisation » ; un antonyme, l' « élection ». C'est d'abord le supposé rapport antonymique entre nomination et

¹⁷⁵ A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.*, entrée « Nomination ». Cf. la définition fournie in V. INSERGUET-BRISSET, G. GONDOUIN et A. VAN LANG, *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2011, entrée « Nomination ».

¹⁷⁶ Ce sens se retrouve effectivement dans le langage légal. C'est ainsi que l'article 13 al. 2 de la Constitution française énonce que : « [Le président de la République] nomme aux emplois civils et militaires de l'État ».

¹⁷⁷ Voir, par exemple, Code des juridictions financières (CJF), art. L. 122-6 al. 2 : « Le sens de l'avis sur les nominations prononcées est publié au *Journal officiel* en même temps que l'acte de nomination ».

¹⁷⁸ Synonyme ne vise donc pas ici le mot de même sens mais bien le mot de sens proche. Voir le dictionnaire *TLFi-lex. préc.*, entrée « Synonyme ».

élection qu'il faut appréhender (1) avant de distinguer la nomination de la désignation (2) et de la titularisation (3).

1.2.1 Nomination et élection

23. Hans KELSEN affirme que deux traits distinguent nomination et élection.

Selon lui, en premier lieu, contrairement à la nomination, l'élection « n'est pas l'acte d'un seul individu mais l'acte d'un groupe d'individus¹⁷⁹ ». Une telle affirmation est démentie tant par l'Histoire que par le droit positif. L'article L. 225-47 du Code du Commerce en est un bon exemple : « Le Conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la *nomination*, une personne physique ». Cet article montre qu'en droit privé, nomination et élection peuvent être assimilées¹⁸⁰. Le droit public, quant à lui, ne les distingue que depuis 1946. Avant cette date, dans le langage légal¹⁸¹, la « nomination » pouvait viser la désignation par *opération électorale*¹⁸². Dans la langue naturelle de l'époque, « nommer »

¹⁷⁹ H. KELSEN, *La Démocratie : sa nature, sa valeur*, trad. franç. par EISENMANN C., Dalloz, 2^e éd., 1932, rééd. 2004, p. 96. Voir aussi du même auteur, *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (1945), trad. franç. par LAROCHE B. et FAURE V., Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 248. L'idée est très communément partagée. Voir par exemple, G. JÈZE, *Éléments de droit public et administratif*, Giard et Brière, 1910, p. 41 : « Il y a deux procédés principaux de désignation pour entrer au service public : 1^o la nomination ; 2^o l'élection. La nomination, c'est la désignation par un seul individu (...) L'élection, c'est la désignation par plusieurs individus. » ; voir aussi L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, E. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 501 ; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 8^e éd., 1943, p. 70 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Nomination » ; J. THOMAS, *L'Indépendance du Conseil constitutionnel*, Fondation Varenne, coll. « Collection des Thèses », 2010, p. 138.

¹⁸⁰ Sur la nomination en droit privé, voir S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Le Parallélisme des formes en droit privé*, Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2004, notam. p. 135 et s.

¹⁸¹ Au sens de J. WROBLEWSKI, « Les langages du droit : une typologie », art. cité.

¹⁸² Voir par exemple : Constitution 1791, notam. titre 3, chap. I, sect. III : Assemblée électorale. *Nomination* des représentants ; Constitution de l'An I, 1793, art. 24 : « La *nomination* [de la représentation nationale] se fait à la majorité absolue des suffrages. » ; Constitution de l'An III, 1795, Déclaration des Droits et des devoirs de l'Homme et du Citoyen, art. 20 : « Chaque citoyen a un droit égal de concourir [...] à la *nomination* des représentants du peuple et des fonctionnaires publics. » ; Constitution de l'An III, art. 21 : « [Les assemblées primaires] sont définitivement constituées par la *nomination, au scrutin*, d'un président, d'un secrétaire et de trois scrutateurs. » ; Constitution de l'An VIII, art. 16 : « La *nomination* à une place de sénateur se fait par le Sénat... » ; Constitution an X, art. 24 : « Les collèges électoraux *nomment*, à chaque session, deux scrutateurs et un secrétaire... » ; Constitution an XII, art. 105 : « ...Trois tribuns, *nommés* chaque année par le corps législatif... » ; Acte du sénat qui *nomme* un gouvernement provisoire chargé de pourvoir aux besoins de l'administration et de présenter au sénat un projet de Constitution, 1-2 avril 1814 ; Charte constitutionnelle de 1814, art. 40 : « Les électeurs qui concourent à la *nomination* des députés... » ; Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, 1815, art. 9 : « Le président de la Chambre des représentants *est nommé* par la Chambre... » ; Charte constitutionnelle de 1830, art. 35 : « Les présidents des collèges électoraux sont *nommés* par les électeurs... » ; Constitution 1848, art. 34 : « Les membres de l'Assemblée nationale sont les représentants, non du département qui les *nomme*, mais de la France entière. » ; Second Empire, *Sénatus-*

pouvait également signifier « donner sa voix en faveur de quelqu'un dans une élection¹⁸³ ». Cette acception se retrouvait, jusqu'à la moitié du XX^e siècle, dans le droit constitutionnel français, à tel point que Léon DUGUIT en vint à soutenir que c'est à tort qu'on « distingue parfois l'élection de la nomination¹⁸⁴ ». Aussi ne peut-on pas s'accorder à dire que conceptuellement élection et nomination s'opposent par le nombre d'acteurs dans la procédure visant à pourvoir un emploi, une fonction ou une dignité¹⁸⁵ : il est possible qu'une nomination soit prononcée par le concours de plusieurs acteurs. De ce point de vue, tout les rapproche donc.

Le maître de Vienne ajoute, en second lieu, que « l'organe créé par l'élection est supérieur à l'organe créateur parce que sa volonté, c'est-à-dire les normes qu'il posera, lieront les électeurs¹⁸⁶ ». *A contrario*, « un organe est “nommé” par un organe supérieur individuel¹⁸⁷ ». Pour établir ces définitions idéales-typiques – dont il présente lui-même les limites –, KELSEN semble insister sur la dimension collégiale de l'organe électeur. Autrement dit, dans l'élection, la pluralité des votants se caractériserait par leur collégialité¹⁸⁸, tandis que, dans la nomination, la pluralité des nominateurs¹⁸⁹ se caractériserait par leur collectivité.

La compétence de nomination serait alors la compétence *confiée à un individu ou à un collectif d'individus* de désigner une personne à une fonction, un emploi ou une dignité. Les nominations auxquelles procède le président de la République peuvent-elles être produites par l'action d'un collectif d'individus ? Cette thèse démontrera qu'une réponse positive s'impose.

consulte du 8 septembre 1869, art. 6 : « À l'ouverture de chaque session, le Corps législatif *nomme* son président, ses Vice-présidents et ses secrétaires [...] » (nous soulignons).

¹⁸³ A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la Langue Française*, 6 vol., 2^e éd., 2011, entrée « Nommer ».

¹⁸⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, E. de Boccard, 3^e éd., 1930, p. 119.

¹⁸⁵ Cependant, il est possible de soutenir, avec A. SOULOUMIAC, que le terme « nomination » utilisé comme synonyme d'opération électorale, au moins à l'époque révolutionnaire, permettait « que le député ne puisse apparaître comme mandataire du collège électoral qui l'a élu [...] mais [comme] nommé par le souverain ». La nomination serait alors, de nouveau et encore, l'acte d'un seul (A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 207). Voir également les pages que Bruno DAUGERON consacre à la question de « l'élection comme “nomination pour la nation” » (B. DAUGERON, *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, *op. cit.*, en particulier p. 64 et s).

¹⁸⁶ H. KELSEN, *La Démocratie : sa nature, sa valeur*, *op. cit.*, p. 96 et du même, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 248.

¹⁸⁷ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *idem*.

¹⁸⁸ Par définition, selon le *TLFi-lex préc.*, un collège est « un corps de personnes revêtues d'une même dignité ou chargées d'une même fonction ».

¹⁸⁹ Ce terme est emprunté au droit canon pour désigner l'organe nommant. Voir notam. P. DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiaire*, Bauche, 1761, p. 64. Cf. F. DES MAISONS *et alii*, *Les Définitions du droit canon*, Charles Osmont, 1700, entrée « Doyen des églises ». Voir aussi, dans ce dernier dictionnaire, l'entrée consacrée aux nominations.

Dans cette définition, la désignation se trouve au cœur du processus de nomination.

1.2.2 Nomination et désignation

24. De l'examen de la Constitution française en vigueur, deux sens de la notion de « désignation » se font jour : la désignation-élection, où « désigner » signifie en réalité « élire »¹⁹⁰ et la désignation-nomination, qui apparaît par exemple à l'article 65 alinéa 2 aux termes duquel : « Le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat *désignent* chacun deux personnalités qualifiées. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux *nominations* des personnalités qualifiées¹⁹¹ ».

Ainsi, il apparaît que la désignation ne prend pas forcément la forme d'une nomination alors que la nomination est toujours précédée d'une désignation, c'est-à-dire d'un choix. Ceci ressort notamment de l'article II, section 2, de la Constitution américaine qui distingue *nominate* (choisir) et *appoint* (nommer). Celui qui *nomme* ne *désigne* pas forcément. L'édiction de l'acte de nomination peut être précédée d'une désignation qui relève d'un autre acteur, ce qui oblige à distinguer la désignation – qui consiste à choisir – de la nomination – qui consiste à entériner¹⁹² un choix qui lui est préalable. Le « pouvoir de désignation » signifiera donc le fait de *choisir* le bénéficiaire d'une fonction, d'un emploi, d'une dignité. Dès lors, la compétence de nomination n'est pas celle qui consiste à désigner une personne mais celle qui consiste à attribuer une fonction, un emploi, une dignité.

¹⁹⁰ Voir par exemple Constitution, art. 88-3 : « [...] Le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la *désignation* des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs » (nous soulignons).

¹⁹¹ Nous soulignons.

¹⁹² Le terme est proposé par B. MONTAY, in *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République. De la compétence liée au pouvoir de patronage*, Mémoire de Master 2 Recherche, Université Paris II Panthéon-Assas, paru en ligne sur le site de la revue *Jus Politicum*, 2013, en particulier p. 32 et s. (du PDF disponible en ligne). Voir *TLFi-lex. préc.*, entrée « Entérinement » : « Admettre comme fondée ou comme définitive une situation à laquelle on se soumet, etc., sans la soumettre à un examen qui le cas échéant entraînerait son rejet ou son refus ».

1.2.3 Nomination et titularisation

25. La titularisation¹⁹³ est volontiers définie en droit de la fonction publique comme l'« acte juridique qui a pour objet de conférer à une personne un grade de la hiérarchie administrative¹⁹⁴ ». Autrement dit, la titularisation attribue un grade, tandis que la nomination attribuerait *un emploi*. Cette distinction est admise depuis que le grade se distingue de l'emploi en droit positif¹⁹⁵. Même si certains auteurs ont pu critiquer cette différenciation¹⁹⁶, nous retiendrons que le grade est, aux termes de la loi, « le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent¹⁹⁷ ». L'accession à *l'emploi* se fait par la nomination ; l'attribution d'un grade relève de la titularisation. Ces deux objets sont cependant si étroitement liés et si souvent concomitants qu'écarter la titularisation de l'étude pourrait réduire indûment son ampleur.

Il faut admettre que l'avancement de grade¹⁹⁸ – qui consiste en une promotion au sein d'un même corps de la fonction publique par laquelle le fonctionnaire accède à un grade supérieur de la hiérarchie administrative – n'est pas une forme de nomination mais bien une forme de titularisation. Mais, n'étant « possible que si un emploi est vacant dans le grade supérieur¹⁹⁹ », il confirme le lien tenu entre titularisation (attribution d'un grade) et nomination (attribution d'un emploi).

26. Précisons enfin que le changement de corps et la mutation sont également des espèces de nominations à part entière ; c'est-à-dire, d'un point de vue taxinomique, des sous-classes

¹⁹³ Dans les paragraphes qui suivent, seule la fonction publique d'État est retenue pour l'étude.

¹⁹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Titularisation ».

¹⁹⁵ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* (dite loi LE PORS ; titre Ier du Statut général de la fonction publique), art. 12. Cette distinction, déjà établie dans l'ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 *relative au statut général des fonctionnaires*, trouve ses origines dans la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers. Il est précisé dans la publication sous la loi qu'« il faut distinguer le grade de l'emploi ; qu'au roi appartient le droit de donner l'emploi ou de l'ôter » (voir J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, décrets, ordonnances, règlements*, t. 34, Guyot et Scribe Libraires Éditeurs, 1835, p. 105).

¹⁹⁶ B. SANTOLINI, « La “distinction du grade et de l'emploi” dans le droit positif et la coutume administrative », *Rev. adm.*, n°86, 1962, p. 152-158 ; P. ALBERTINI, « Grade, emploi, fonction : séparation et correspondance », *Rev. adm.*, n°206, 1982, p. 143-152 ou encore J. RICHARD, « Perspectives pour la Fonction publique. La séparation du grade et de l'emploi aujourd'hui », *Rev. adm.*, 57^e année, n°340, 2004, p. 416-420.

¹⁹⁷ Loi LE PORS, art. 12, préc.

¹⁹⁸ L'avancement d'échelon « n'implique aucun transfert d'emploi [...] [et] n'entraîne qu'une amélioration de la situation [financière] de l'agent » (A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La Fonction publique*, LexisNexis, coll. « Traité », 2012, p. 683).

¹⁹⁹ F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 320.

d'une même catégorie²⁰⁰. Le changement de corps peut prendre diverses formes : il peut consister en une intégration directe dans un nouveau corps²⁰¹ ou en un détachement qui peut être suivi d'une mesure d'intégration²⁰². Dans ce dernier cas, le changement de corps peut s'analyser en un changement de grade et en un changement d'emploi. Il suppose donc, dans ce cas, une nouvelle nomination et une nouvelle titularisation²⁰³. En revanche, concernant la mutation, qui est un changement d'affectation, il existe des divergences de points de vue entre les auteurs²⁰⁴. En effet, la mutation peut consister simplement en une nouvelle affectation n'entraînant qu'un changement de poste de travail²⁰⁵. Dans ce cas, la mutation n'exigera nomination que si l'« emploi » signifie aussi « poste de travail »²⁰⁶. Souvent cependant, la mutation consiste à affecter un agent à un nouvel emploi. La mutation sera en ce cas une nomination²⁰⁷.

27. Ainsi apparaît la question de l'ampleur de la proposition de définition. Sûrement est-il par trop restrictif de ne penser la nomination qu'à partir de la notion d'emploi au sens du droit de la fonction publique. C'est cette intuition, portée par la langue naturelle comme par la langue technique, qui jusqu'alors invitait à considérer l'objet de la nomination comme attribution d'« une fonction, un emploi ou une dignité ».

²⁰⁰ A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La Fonction publique, op. cit.*, p. 346.

²⁰¹ Au sein de chacune des trois fonctions publiques ou entre elles.

²⁰² Tel est l'un des apports de la loi n°2009-972 du 3 août 2009 *relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique*. Son article 1^{er} eut pour objet de modifier la loi LE PORS préc. de juillet 1983 en ajoutant à l'article 13 du statut que : « Tous les corps et cadres d'emplois sont accessibles aux fonctionnaires civils régis par le présent titre par la voie du détachement suivi, le cas échéant, d'une intégration, ou par la voie de l'intégration directe, nonobstant l'absence de disposition ou toute disposition contraire prévue par leurs statuts particuliers ». La même mesure vise aussi les militaires (art. 13 *ter* de la loi du 13 juillet 1983).

²⁰³ En ce sens, C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français, op. cit.*, p. 10 et s.

²⁰⁴ Cf. par exemple, C. THÉRÉSINE, *loc. cit.* et J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2012, p. 274. Pour le premier auteur, seul le changement de corps relève de la nomination tandis que la mutation s'en écarte. À l'inverse, pour les seconds, changement de corps et mutation sont des formes de nomination.

²⁰⁵ Voir V. INSERGUET-BRISSET, G. GONDOUIN et A. VAN LANG, *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2011, entrées « Affectation » et « Mutation ». Cf. J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 276 ; voir aussi P.-M. JURET, « Les mutations des fonctionnaires », *Rev. adm.*, n°86, 1962, p. 147-151.

²⁰⁶ Il en va de même pour la permutation qui, en tant qu'échange de poste, est une forme de mutation. Pour le professeur MELLERAY, un simple changement de poste n'est pas une mutation au sens strict. Voir F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 322.

²⁰⁷ O. DORD, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 157.

1.3 Précisions sur l'ampleur de la définition retenue

28. Au vu de la Constitution et des normes auxquelles renvoie le préambule, des distinctions entre emploi, fonction et dignité apparaissent.

Le terme « fonction » semble réservé aux « charges institutionnelles » : fonction présidentielle (art. 7), fonction de Premier ministre ou de membre du Gouvernement (art. 8 et 23), fonction de maire (art. 88-3) ou encore fonction de membre du Conseil constitutionnel (art. 57). Le mot « emploi », en revanche, semble plus équivoque comme l'attestent non seulement le corpus constitutionnel²⁰⁸ mais encore le langage légal : « emploi » au sens budgétaire que lui confère la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), « emplois permanents » de la fonction publique d'État²⁰⁹ ou « emplois à la décision du Gouvernement » au sens de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*²¹⁰ n'ont pas la même signification. À titre provisoire, nous dirons que l'emploi embrasse *potentiellement* l'ensemble de ces acceptions et vise également, de façon générique, le « poste de travail ». Une telle définition permettra alors d'inclure ponctuellement les mutations dans l'étude. Enfin, le sens du mot « dignité » – mis en rapport avec l'acte de nomination – se laisse, quant à lui, plus facilement saisir. Ce terme ne trouve aujourd'hui qu'une faible place dans le corpus normatif français. Dans la Constitution française, il n'est présent qu'à l'article 6 de la DDHC de 1789 : « Tous les citoyens, étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes *dignités*, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». La dignité semble encore faire droit aux usages qui furent les siens au XIX^e siècle autant qu'à son sens étymologique. En effet, dans le latin classique, *dignitas* signifiait « considération, estime, prestige²¹¹ », ce qui, en ancien français, forma *deintié*, « seigneurie, puissance²¹² ». À

²⁰⁸ Voir par exemple la tentative de distinction entre « fonction et emploi » au sens de l'article 13 al. 5 de la Constitution, in D. MAHERZI, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République rénové », art. cité, p. 438-440. L'auteur évoque une notion « à géométrie variable ».

²⁰⁹ S'il est toujours possible de définir l'emploi comme caractérisant « le fonctionnaire à l'état de prévision budgétaire » (J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 78), la LOLF oblige à nuancer une telle analyse (ceci est étudié *infra*, p. 391 et s.).

²¹⁰ Voir particulièrement *infra* p. 422 et s. Le statut de 1946 retenait l'expression « à la discrétion du Gouvernement » ; la loi du 11 janvier 1984 lui a substitué le syntagme « à la décision du Gouvernement ».

²¹¹ F. GAFFIOT, *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, op. cit., entrée « *Dignitas* ».

²¹² *TLFi-étym.*, préc., entrée « Dignité ».

l'époque des Lumières, le terme désignait une « charge » ou « un office considérable »²¹³. Ce sens perdue au XX^e siècle s'agissant des « titres » de maréchal et d'amiral de France qui, en vertu de l'article L. 4131-1 du Code de la défense, « constituent une dignité dans l'État ». Mais le terme dignité figure aussi au Code de la Légion d'honneur : « La dignité de grand'croix est conférée de plein droit au grand maître²¹⁴ ». Dans cet article, le terme semble conserver le second sens admis au XIX^e siècle : « Mérite, importance²¹⁵ ». L'usage y est cependant métonymique : la dignité de grand'croix distingue la dignité de celui ou celle qui en bénéficie. Dignité et titre doivent donc être distingués des termes « fonction » ou « emploi ».

Sous réserve de ces précisions, il semble possible de considérer que la nomination est l'attribution d'une fonction, d'un emploi, d'une dignité ou d'un titre à une personne.

2. LA COMPÉTENCE DE NOMINATION

Comme pour la nomination, une définition stipulative de la compétence de nomination doit être proposée (1) avant de vérifier qu'elle permet bien de la distinguer d'expressions voisines (2).

2.1 Proposition d'une définition stipulative de la compétence de nomination

29. Issu du latin *competentia* signifiant la « proportion » ou le « juste rapport »²¹⁶, le terme prend deux sens dans la langue naturelle. Historiquement, le premier sens relève du vocabulaire technique du droit : « Aptitude *reconnue légalement* à une autorité publique de

²¹³ *Dictionnaire de l'Académie Française*, J. J. Smits et Cie., 5^e éd., 1798, entrée « Dignité ».

²¹⁴ Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire, art. R. 8.

²¹⁵ *Dictionnaire de l'Académie Française*, *op. cit.*, 5^e éd., entrée « Dignité ».

²¹⁶ F. GAFFIOT, *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, préc., entrées « *Competentia* » et « *Competo* ». Participe présent de *competere*, « se rencontrer au même point, coïncider » ou « s'accorder avec », d'où « convenir à ».

faire tel ou tel acte dans *des conditions déterminées* » (fin XVI^e siècle)²¹⁷. Puis, par extension, dans le langage courant, la compétence désigne l'expertise : « Connaissance approfondie, habileté reconnue qui confère le droit de juger » (fin XVII^e siècle)²¹⁸. À l'inverse de la nomination, la compétence est donc un terme d'abord juridique qui s'est ensuite diffusé dans la langue naturelle.

Outre l'usage spécifique qu'en fait le droit international privé, selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, la compétence, appliquée à toute autorité publique, désigne « l'ensemble des *pouvoirs et des devoirs* attribués ou imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction²¹⁹ ». Elle signifie également l'« aptitude à agir *dans un certain domaine* (par ex. compétence *ratione loci*)²²⁰ ». Enfin, dans l'expression « compétence liée », elle viserait le « *pouvoir* qu'exerce une autorité quand elle n'a pas le choix entre plusieurs solutions ; par opposition à *pouvoir discrétionnaire* »²²¹. Ces définitions semblent peu éclairantes puisqu'elles font avant tout référence aux concepts de « pouvoirs » et de « devoirs »²²², eux-mêmes empreints d'une polysémie certaine confinant à l'incertitude. La plupart des auteurs qui ont cherché à définir la compétence ont relevé ce caractère incertain tant dans l'usage qu'en fait le droit positif que dans l'usage doctrinal. C'est précisément cette incertitude qui oblige le « juriste lexicographe²²³ » à tenter de clarifier ce terme.

²¹⁷ P. ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2^e éd. revue et enrichie par A. REY, Le Robert, 1985, entrée « Compétence ».

²¹⁸ *Loc. cit.* Un troisième sens est parfois employé en linguistique, mais il n'a pas l'origine latine de *competentia* et résulte d'un anglicisme formé à partir de *competence*.

²¹⁹ C'est bien ce sens de la « compétence » qui se dégage de l'art. 71-1 de la Constitution : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

²²⁰ Art. 72 al. 2 de la Constitution : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Voir aussi A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel, op. cit.*, entrée « Compétence » : « Aptitude juridique à prendre les actes correspondant à l'exercice d'une fonction gouvernementale, administrative, juridictionnelle ou d'un mandat électif ».

²²¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Compétence ».

²²² Nombreux sont les auteurs qui admettent une assimilation entre pouvoir et compétence. Voir par exemple, R. FERNEL DE LA LAURENCIE, *De la délégation de compétence en droit administratif français*, G. Gounouilhous, 1901, p. 16 ; C. BLUMANN, *La Renonciation en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1974, p. 203 ; J.-M. AUBY, *L'Inexistence des actes administratifs*, A. Pedone, p. 86 ; ou encore Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, p. 324 (Cités par Ph. AZOUAOU, *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, thèse dact., Université Paris X - Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, p. 472).

²²³ Nous empruntons cette expression à Olivier BEAUD qui distingue, s'agissant du « travail des mots », la « doctrine » du « juriste lexicographe ». La première « doit se borner à enregistrer la diversité des sens des mots et leur évolution », quand le second « pense plutôt comme un grammairien qui doit repérer le bon usage des termes et se livrer à un travail d'analyse du concept pour que le droit, en tant que langage spécifique, conserve

30. En tenant compte à la fois de l'étymologie du mot et des différentes définitions relevées, il apparaît que la compétence entretient un rapport ténu avec l'habilitation²²⁴. Selon Philippe AZOUAOU :

Dans les langages du droit, la compétence d'une autorité publique désigne et définit l'habilitation à agir qui la caractérise. Plus précisément, évoquer la compétence d'une autorité publique revient en réalité à pointer la règle de droit qui l'habilite à agir²²⁵.

Le lien avec la compétence se manifeste dans la définition que fournit Guillaume TUSSEAU de la norme d'habilitation. Celle-ci « inclut quatre éléments : un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation déterminé par le principe *lex posterior*²²⁶ ». Ces éléments transparaissent effectivement dans les diverses définitions énoncées de la compétence et semblent permettre de saisir le droit positif en vigueur tout en permettant de le spécifier. En effet, l'habilitation désigne un acteur (bénéficiaire de l'habilitation) : c'est bien ce qui ressort du premier sens relevé par le *Vocabulaire juridique*. L'habilitation concerne encore une action et un champ d'application (c'est-à-dire « l'ensemble des situations qu'elle se propose de régir²²⁷ »).

À ces trois éléments (acteur, action, champ d'application), le professeur TUSSEAU ajoute le « champ de réglementation » qu'il définit comme « le type de significations normatives – obligation, prohibition, abrogation, habilitation, incompetence, permission, règle constitutive, etc. – dont [la norme habilitante] rend possible la production²²⁸ ». Autrement dit, le champ de réglementation que la norme d'habilitation désigne est le mode d'expression déontique de la norme habilitée : la mesure d'habilitation peut habiliter à obliger, à prohiber, à abroger, etc. Appliquer cela à la compétence de nomination permet de révéler que, dans la mesure où elle permet d'attribuer une fonction, un emploi, une dignité ou un titre à une personne, la compétence de nomination dispose d'un champ de réglementation très varié.

une précision et une rigueur suffisantes. Cela suppose d'admettre que les concepts juridiques ne soient pas interchangeables et que l'on ne peut parler de la "compétence" à propos de n'importe quel objet » (O. BEAUD, « Compétence et souveraineté » in ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF (AFDA), *La Compétence*, LexisNexis-Litec, coll. « Colloques et débats », 2008, p. 6).

²²⁴ En ce sens, Ph. AZOUAOU, *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, op. cit., p. 484-491.

²²⁵ *Ibid.*, p. 485.

²²⁶ G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation*, op. cit., p. 306.

²²⁷ C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1970, p. 162.

²²⁸ G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation*, op. cit., p. 300.

D'abord, la compétence de nomination est habilitante. En attribuant une fonction ou un emploi, le (ou les) nominateur(s) permet(tent) dans la plupart des cas à la personne investie de cette fonction ou de cet emploi de créer à son tour des normes d'habilitation²²⁹. Par exemple, par sa nomination, le Premier ministre est effectivement fondé à habilitier lui-même. Sa nomination l'habilite, fonde sa compétence. Ensuite, la nomination emporte avec elle un certain nombre d'obligations, de permissions et de prohibitions. Ainsi, en droit de la fonction publique, « le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire²³⁰ ». De même, l'attribution de la Légion d'honneur comme dignité entraîne-t-elle des obligations (obligation de se conduire honorablement²³¹) et des permissions (celle de porter l'insigne²³²)²³³.

31. La compétence de nomination résulte donc d'une norme d'habilitation particulière – compte tenu de son champ de réglementation – qui permet à un individu ou à un collectif d'individus (acteur-s) d'attribuer (action) à une personne une fonction, un emploi, une dignité ou un titre (champ d'application).

Rattacher la compétence à l'habilitation permet de mesurer que :

La notion de compétence est fondamentale en droit public. Elle exprime cette idée que le pouvoir n'est pas la propriété de ceux qui l'exercent et permet d'imposer une limite à chaque détenteur du pouvoir en définissant les actes qu'il est habilité à prendre²³⁴.

Employer le syntagme « compétence de nomination » le reconnecte à l'idée d'habilitation et le dissocie de l'idée de « pouvoir ». C'est pourquoi elle invite à abandonner l'expression quasi-consacrée de « pouvoir de nomination ».

²²⁹ C'est bien ce qu'avait admis M. HAURIOU lorsqu'il écrivait : « Toute décision exécutoire de l'autorité produit un effet de droit et donc est créatrice de droit dans une certaine mesure. Si elle ne tend pas à établir une règle générale, elle tend tout au moins à établir une situation juridique au regard de tous, par exemple l'acte de nomination ou l'acte de révocation d'un fonctionnaire public concèdent ou enlèvent à celui-ci sa compétence d'une façon opposable à tous » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Larose, 1910, rééd. Dalloz, 2010, p. 138).

²³⁰ Loi LE PORS, préc., art. 4.

²³¹ L'article R. 96 du Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire énonce ainsi que « les peines disciplinaires prévues au présent chapitre peuvent être prises contre tout membre de l'ordre qui aura commis un acte contraire à l'honneur ».

²³² Voir le Code précité, livre IV, titre I, chap. 1 « Insignes ».

²³³ Voir G. FEUER, « Le problème des décorations en droit administratif », *Rev. adm.*, n°62, 1958, p. 120-121. L'auteur démontre que la décoration n'est pas qu'un titre honorifique mais est aussi un titre juridique.

²³⁴ A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.*, entrée « Compétence ».

2.2 Distinguer « compétence de nomination » et « pouvoir de nomination »

32. Expliquer et décrire les attributions des agents publics, dans une conception non patrimoniale et non personnelle de l'autorité qu'ils exercent, passe [...] par la distinction entre les notions de compétence et de pouvoir²³⁵.

Distinguer « pouvoir » et « compétence » permet de se départir d'une « conception patrimoniale et personnelle de l'autorité ».

Avant 1958, le syntagme « droit de nomination » s'imposait volontiers dans le vocabulaire doctrinal²³⁶. Cette expression faisait accroire que le sujet de l'habilitation jouissait d'un droit propre, sinon arbitraire, de pourvoir aux emplois publics. Un recensement de l'expression fait apparaître qu'elle était, avant tout, d'usage dans le domaine religieux²³⁷ : le Concordat de Bologne de 1516 consacrant la doctrine gallicane conférait au roi le « droit de nommer » aux évêchés²³⁸. Mais l'expression fut bientôt employée par le droit positif républicain pour viser les nominations aux emplois, fonctions, dignités ou titres. Ainsi, par exemple, la loi du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795) *portant que les emplois militaires sont à la nomination du Directoire exécutif* disposait en son second article que « le droit de nomination qui jusqu'à présent a été exercé à l'égard des emplois militaires par la Convention nationale le sera par le Directoire exécutif à compter du jour de son installation ». Une part de la doctrine s'appropriera ensuite l'expression positivement consacrée, qui se trouve employée dans de nombreux manuels, cours et écrits du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle : Théophile

²³⁵ V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire du contentieux communautaire*, juin 2011, §12.

²³⁶ Quelques ouvrages ou articles postérieurs à 1958 font cependant encore usage de l'expression. Voir par exemple Ph. ARDANT, *Le Premier ministre en France*, Montchrestien, coll. « Clefs. Politique », 1991, p. 114 ; M. DE VILLIERS, « La Vème République et le régime semi-présidentiel », *Rev. Adm.*, n°174, 1976, p. 592 ; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, notam. p. 392 ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « HyperCours », 10^e éd., 2013, p. 99 (au sujet du président de la République portugaise) ou encore A. VIDAL-NAQUET, « La revalorisation du Parlement et l'équilibre au sein de l'exécutif. Vers un rééquilibrage au sein de l'exécutif ? », in J. GICQUEL *et alii* (dir.), *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspective de la réforme de 2008*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 153. Mais, dans ces exemples, « droit de nomination » semble être employé comme synonyme de « pouvoir de nomination », peut-être pour éviter l'inélégance de la répétition.

²³⁷ Voir notam. E. MAUGIS, *Histoire du Parlement de Paris : de l'avènement des Rois Valois à la mort d'Henri IV*, t. 1, Librairie A. Picard et Fils, 1913 ; voir aussi J.-M. BESSE et D. BEAUNIER, *Abbayes et prieurés de l'ancienne France*, t. 2, Ch. Poussiègue, coll. « Archives de la France monastique », 252 p.

²³⁸ Sur ce sujet, voir G. BERNARD, *Introduction à l'Histoire du droit et des institutions*, Studyrama, coll. « Panorama du droit », 2004, p. 166. Quant aux conflits entre doctrines gallicane et ultramontaine et la victoire de la seconde sur la première au XIX^e siècle, voir les développements qu'y consacre M. HAURIUO in *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose, 4^e éd., 1900-1901, p. 151 et s.

DUCROCQ²³⁹, Léon AUCOC²⁴⁰, Eugène PERRIQUET²⁴¹ ou Maurice HAURIOU²⁴² mobilisent ainsi exclusivement – au moins dans les écrits cités en bas de page – l’expression « droit de nomination ».

En 1958, les rédacteurs hésitèrent à graver dans le texte constitutionnel la formule « droit de nomination ». Ainsi l’article 11 – futur article 13 de la Constitution – du projet « préparé par le rapporteur de la commission constitutionnelle en vue de la commission spéciale des 25 et 26 août 1958 » prescrivait-il en son troisième alinéa que « la loi détermine les emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le droit de nomination peut être délégué »²⁴³. Mais la commission retint l’expression « pouvoir de nomination », qui sera maintenue dans la version définitive de l’article. Comme naguère pour le « droit de nomination », une majeure partie de la doctrine française a fait sien ce syntagme du droit positif sans davantage le questionner.

33. Pourtant, ces deux expressions doivent être remises en cause. « Droit de nomination » ou « pouvoir de nomination » recèlent en effet tous deux l’idée d’une patrimonialité de la compétence de nomination. Même si la notion de droit subjectif est parfois critiquée²⁴⁴, notamment dans son application aux personnes publiques ou à leurs organes²⁴⁵, rappelons classiquement que le droit subjectif trouverait ses limites dans l’abus de droit²⁴⁶. Dès lors,

²³⁹ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, E. Thorin, 2^e éd., vol. 1, 1874, 848 p.

²⁴⁰ L. AUCOC, *Conférences sur l’administration et le droit administratif faites à l’École impériale des Ponts et Chaussées*, Dunod, 3 vol., 2^e éd., 1878-1882. Par exemple, vol. 1., p. 137 : « L’article 4 de la loi du 25 février 1875, qui donne au président de la République le *droit de nommer* et de révoquer les conseillers d’État en service ordinaire, par décrets délibérés en Conseil des ministres » (nous soulignons).

²⁴¹ E. PERRIQUET, *Les Contrats de l’État*, Marchal, Billard et Cie., 1884, notam. p. 449.

²⁴² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 1900, *op. cit.*, p. 396. Il évoque lui aussi le droit de nomination du président de la Troisième République.

²⁴³ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l’Histoire de l’élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, La Documentation française, 1991, p. 72.

²⁴⁴ Pour une critique de la notion-même de droit subjectif, voir notam. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e éd., E. de Boccard, 1927 (p. XII, il évoque le « néant » de la notion de droit subjectif). Pour une autre critique, voir également H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1960), trad. franç. par EISENMANN C., Bruylant-LGDJ, 2^e éd., 1999, rééd. 2010, voir en particulier p. 132 et s. Pour une bonne synthèse des conceptions de chacun de ces deux auteurs, voir J. DABIN, *Le Droit subjectif*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1952, rééd. 2010, p. 5 et s.

²⁴⁵ Voir en ce sens E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 651 et s. *Contra* J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement juridique des irrégularités dans les contrats de l’administration*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2009, notam. p. 446 et s.

²⁴⁶ Pour une étude de l’abus de droit, il est utile de consulter L. JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits*, Dalloz, 1927, dernière rééd. 2006, 454 p. et, en droit public, à L. DUBOUIS, *La Théorie de l’abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962, 472 p. Une riche

employer l'expression « droit de nomination », laisserait penser que le président de la République dispose d'un « droit subjectif de nomination » qui, dès lors, ne pourrait être sanctionné que dans l'hypothèse d'un abus²⁴⁷. Dans une telle perspective, seul un usage de ce droit dans l'intention de nuire à autrui serait sanctionnable. Sauf cette limite, l'*usus* en serait absolument discrétionnaire.

De même, le syntagme « pouvoir de nomination » consacré dans le langage légal partage cette idée de « patrimonialité ». Certes, indexé à une fin qui lui est assignée, l'usage d'un pouvoir serait sanctionnable dès lors qu'il est insusceptible de se rattacher au but en vertu duquel il a été conféré²⁴⁸. L'idée du « détournement de pouvoir » sourd ici : « Le moindre écart par rapport au but du pouvoir est censuré²⁴⁹ » ou du moins *censurable*, pourvu encore que de tels mécanismes soient prévus. Pourtant, en considérant l'étymologie des mots – qui est en même temps la charge signifiante dont ils sont tacitement porteurs –, parler du « pouvoir de nomination », c'est encore implicitement occulter que la fonction de nommer est d'abord le résultat d'une habilitation qui ne souffre pas d'analogie avec les droits et pouvoirs d'une personne privée.

Le *Dictionnaire historique de la Langue française*²⁵⁰ enseigne que le mot « pouvoir » est issu du latin populaire *potere* : « être capable de, avoir de l'importance, de l'influence²⁵¹, de l'efficacité ». *Potere* est rattaché à *potis* : « maître de, possesseur de ». Et *potis* trouve à son tour sa racine dans le thème (au sens linguistique) indoeuropéen *poti-* qui désigne le chef d'un groupe social : famille, clan, tribu. Ce même *potis* se retrouve aux origines de « despote »,

présentation de l'abus de droit est disponible également in L. ECK, *L'Abus de droit en droit constitutionnel*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010, notam. p. 24 et s.

²⁴⁷ Sur l'abus de droit en droit constitutionnel, voir les travaux de Laurent ECK. Son article « Controverses constitutionnelles et abus de droit » (intervention au *Congrès de l'association française de droit constitutionnel (AFDC)*, atelier sur « les controverses constitutionnelles », Montpellier, Juin 2005) constitue une bonne synthèse de l'usage qui pourrait être fait de l'abus de droit en droit constitutionnel. Voir surtout sa thèse : L. ECK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, *op. cit.*, 691 p.

Par exemple, l'auteur applique le concept d'abus de droit qu'il a forgé à la question de la signature des ordonnances par le Président MITTERRAND. Raisonnant par l'absurde, il considère que, même en admettant que le président de la République pouvait ne pas signer, il a en l'occurrence « commis un abus de droit qui ressort du dommage provoqué, de son intention de nuire au Gouvernement et du détournement des finalités de la Constitution » (*ibid.*, p. 200). Néanmoins, l'auteur admet qu'il s'agit d'un abus de droit non justiciable.

²⁴⁸ En ce sens, G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 385.

²⁴⁹ *Loc. cit.*

²⁵⁰ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française. Nouvelle édition*, *op. cit.*, entrée « Pouvoir ».

²⁵¹ Nous soulignons.

ayant comme racines *dem-*, la maison, et *poti-*²⁵². Recourir à l'expression « pouvoir de nomination » conduit ainsi implicitement à considérer que le président de la République serait *maître* de la matière. Il jouirait à la fois d'une *potestas* – « prérogative de l'action²⁵³ » – et d'une *auctoritas* – « prérogative d'influence²⁵⁴ » : une conception patrimoniale se doublerait en l'occurrence d'une illusion de concentration de la compétence au profit du président de la République. Or, parce que les mots charrient un ensemble de sens, ils contribuent à former, à informer mais aussi à enfermer les idées. Abandonner un concept largement utilisé permet de se donner une nouvelle façon de concevoir l'objet de notre attention ; « c'est ce qu'on peut dire qui délimite et organise ce qu'on peut penser », écrivait BENVENISTE²⁵⁵.

34. Définir le « pouvoir comme un phénomène qui révèle la capacité d'un individu à obtenir d'un autre un comportement qu'il n'eut pas spontanément adopté²⁵⁶ » suppose qu'il puisse s'agir d'un phénomène purement factuel ou, au contraire, d'une action habilitée, conditionnée par une compétence. Celle-ci n'appartient pas davantage à son bénéficiaire que le pouvoir ; elle le fonde à exercer un pouvoir habilité²⁵⁷.

Cette conception non patrimoniale de la compétence et du pouvoir qui en résulte semblait déjà être opérée par la doctrine allemande qui distinguait *Zuständigkeit* et *Kompetenz*.

Le pouvoir (*Zuständigkeit*) est « le droit (ou le devoir) d'exercer une action » tandis que la compétence (*Kompetenz*) est « le droit à ce pouvoir ». On pourrait dire que la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La

²⁵² Le *Dictionnaire* de préciser que : « Jusqu'au XVII^e siècle, le terme despote garde le sens originel de chef oriental et, comme en grec, celui qui dirige sans partage. Puis au XVIII^e, il prend le sens critique de souverain autoritaire et arbitraire (Montesquieu 1748) ».

²⁵³ Tels sont les mots de F. SAINT-BONNET et Y. SASSIER *in Histoire des institutions avant 1789, op. cit.*, 2011, p. 34.

²⁵⁴ *Loc. cit.*

²⁵⁵ E. BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, coll. « NRF », 1966, p. 70, cité par F. BRUNET, *La Normativité en droit*, Mare et Martin, 2012, p. 108. Nous souscrivons pleinement à l'affirmation de François BRUNET, selon laquelle « la façon de parler d'une chose est déterminante, car elle révèle une façon de penser la chose » (*idem*).

²⁵⁶ N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1990, p. 7.

²⁵⁷ Voir les analyses *in ibid.*, p. 291-292 où l'auteur démontre que la compétence est « l'expression d'un pouvoir ». V également : CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., §14 : « La compétence ne saurait être l'équivalent d'une sorte de propriété personnelle de l'autorité ou de l'agent qui l'a reçue. La compétence ne lui est pas, en effet, conférée à titre personnel, mais à raison de la fonction publique qu'il exerce. Elle n'est pas un droit de caractère patrimonial. Il ne peut donc pas en disposer librement, pas plus qu'il ne pourrait renoncer à l'exercer. En effet, l'attribution d'une compétence à un agent public ou à une institution correspond à la fonction que cet agent ou cette institution exercera dans l'ordre juridique. Elle apparaît comme un moyen de réaliser la fonction qui lui est impartie ».

compétence est donc le titre de pouvoir, tandis que le pouvoir est l'attribution, ou la somme d'attributions autorisées par le droit de la compétence²⁵⁸.

Dans cette citation, la dimension patrimoniale du pouvoir est comme désamorcée par le rappel de ses conditions d'exercice ; il n'est alors plus qu'une capacité, faculté ou obligation d'agir *en puissance*. La compétence est la condition de son *actualisation*. En effet, elle est présentée comme un « droit à un pouvoir » – nous dirions une *habilitation à un pouvoir* – c'est-à-dire comme une condition nécessaire pour l'exercice du pouvoir. De ce point de vue, le pouvoir habilité (le pouvoir à l'œuvre dans l'exercice d'une compétence), se distingue du pouvoir non habilité.

Pour ces raisons, quatre distinctions sont nécessaires. La compétence de nomination visera l'habilitation permettant à un individu ou à un collectif d'individus de nommer, c'est-à-dire d'édicter l'acte par lequel une fonction, un emploi, une dignité ou un titre est attribué à une personne. Le ou les titulaires de la compétence de nomination ont le « pouvoir habilité » de prononcer une nomination. Ils n'ont pas forcément le « pouvoir de désignation », que nous avons défini plus haut comme le fait de *choisir* le bénéficiaire d'une nomination. Le pouvoir de désignation peut lui-même être un pouvoir habilité ou non. Le syntagme « pouvoir de nomination », enfin, sera réservé au fait de nommer et/ou de désigner sans habilitation ou en vertu d'une habilitation fautive. La question centrale de la thèse apparaît ici. L'idée très communément partagée et presque intuitive selon laquelle le président de la République dispose d'une compétence de nomination et bénéficie à ce titre du pouvoir de désignation devra être interrogée.

3. LA COMPÉTENCE DE NOMINATION DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE : LES LIMITES DE L'ÉTUDE

35. Compte tenu de ce qui précède, la compétence de nomination du président de la République désigne les cas dans lesquels il est habilité à attribuer une fonction, un emploi, une dignité ou un titre à une personne.

²⁵⁸ O. BEAUD, *La Puissance de l'État*, 1994, PUF, coll. « Léviathan », p. 170.

Une telle définition écarte donc, d'abord, les baptêmes et les nominations de *choses* auxquelles le chef de l'État pourrait procéder comme l'Histoire et l'actualité en témoignent. Par exemple, depuis le camp impérial de Finckenstein, lors de la séance du Conseil des ministres du 11 mai 1807, Napoléon BONAPARTE décida de baptiser « Rivoli », « Castiglione » et « Mont Saint Bernard » les trois vaisseaux qui étaient alors en construction dans le port de Venise²⁵⁹. Plus récemment, le journal *Le Figaro* rapporta que le président de la République, François HOLLANDE, avait nommé « Jules VERNE » un porte-conteneurs et fini son allocution par ces mots présentés comme rituels : « Je nomme ce navire, CMA CGM Jules VERNE. Je souhaite bon vent à son équipage et à tous ceux qui navigueront à son bord²⁶⁰ ». De tels baptêmes, à l'obscur fondement juridique, sont donc exclus de l'étude.

Il en va de même pour les nominations que le président de la République n'effectue pas *en tant que président de la République française*. Rappelons que, aux termes de l'article 43 du texte constitutionnel de la Principauté d'Andorre de 1993²⁶¹, les coprinces de la principauté sont l'évêque d'Urgel et le président de la République française ; tous deux sont considérés « conjointement et indivisiblement » comme « chef de l'État ». À ce titre, les articles 45§1.f²⁶², 46§1.c et d²⁶³, 48²⁶⁴ de la Constitution de la Principauté leur confèrent une compétence de nomination. Plusieurs professeurs français furent nommés « magistrats » au Tribunal constitutionnel²⁶⁵ par le Coprince français. Ainsi François LUCHAIRE (1993-1999), Philippe ARDANT (1999-2007) et Didier MAUS (2003-2011) ont-ils exercé ces fonctions. Laurence BURGORGUE-LARSEN fut nommée en 2011 et achèvera son mandat en 2016²⁶⁶. Aussi intéressante que puisse se révéler une étude de ces nominations, elle ne paraît pas devoir intégrer la présente thèse qui invite à n'étudier que la compétence que le président de

²⁵⁹ Arch. nat., « Lecture des Conseils des ministres de l'année 1807-1815 », cote AF/IV/1229-1230 (inédit).

²⁶⁰ *Le Figaro*, 4 juin 2013.

²⁶¹ Pour une histoire synthétique de la principauté et la présentation de la Constitution de 1993, voir J.-C. COLLIARD, « L'État d'Andorre », *AFDI*, vol. 39, 1993, p. 377-392.

²⁶² « Les coprinces, avec le contreseing du chef du gouvernement, ou, le cas échéant, du syndic général, qui en assument la responsabilité politique [...], nomment les titulaires des autres charges de l'État conformément à la Constitution et à la loi. »

²⁶³ « Les coprinces décident librement en ce qui concerne les actes suivants :

c) la désignation des membres du Conseil supérieur de la justice conformément à l'article 89.2 de la Constitution

d) la nomination des membres de la Cour constitutionnelle, conformément à l'article 96.1 de la Constitution ».

²⁶⁴ « Chacun des coprinces nomme un représentant personnel en Andorre. »

²⁶⁵ Voir F. LUCHAIRE, « Le Tribunal constitutionnel de la Principauté d'Andorre », *CCC*, n°8, 2000, 6 p. (disponible en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/le-tribunal-constitutionnel-de-la-principaute-d-andorre.52528.html>).

²⁶⁶ Décret du 10 décembre 2011, *pel qual es nomena la Sra. Laurence BURGORGUE-LARSEN en qualitat de Magistrada del Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra*, Butlletí Oficial n°077, any 23 (disponible en ligne sur le site du Bulletin officiel de la Principauté : <http://www.bopa.ad/bopa/2011/bop23077.PDF>). Le professeur BURGORGUE-LARSEN fut nommée présidente du tribunal pour la période 2014-2016.

la République exerce en tant qu' « autorité française²⁶⁷ ». Nous excluons donc ses actes de Coprince : l'exclusion est matérielle mais également géographique.

Les limites temporelles et géographiques de l'étude peuvent, intuitivement, s'étendre à la République française de 1958 à 2015. L'essentiel de la recherche sera ainsi situé dans ce cadre spatio-temporel. Cependant, comme les incursions dans l'Histoire et dans les Constitutions et systèmes politiques des autres États ont pu le faire apparaître, les comparaisons historiques et géographiques peuvent être éminemment précieuses. Quant à l'Histoire, d'une part, les études consacrées aux origines de la Cinquième République²⁶⁸ obligent le juriste qui entend analyser ce régime à prendre acte de ce qui, du passé, éclaire le présent. Aussi, bien que cette recherche soit principalement consacrée à la période postérieure à 1958, des comparaisons historiques pourront servir l'explication sinon la démonstration. Une telle démarche permettra de comprendre les évolutions de la compétence de nomination présidentielle. Elle contribuera, également, à interroger le rôle du président de la République française au regard de ce que l'Histoire enseigne de la démocratie. D'autre part, certaines études visant à comparer le régime français de la Cinquième République avec des régimes analogues²⁶⁹ ont montré combien la compréhension de ce régime ne peut faire l'économie d'une comparaison géographique. C'est la raison pour laquelle des exemples tirés du droit comparé seront ponctuellement utilisés.

Plus généralement, il convient désormais de présenter la démarche suivie.

²⁶⁷ Rappelons que le Conseil d'État a jugé irrecevable la requête dirigée contre une décision du « président de la République, co-prince des Vallées d'Andorre », estimant qu'elle ne constituait pas « un acte d'une autorité administrative française » (CE, 1^{er} décembre 1933, *Société Le Nickel*, Rec. p. 1132).

²⁶⁸ À titre indicatif et introductif, nous renvoyons ici principalement à la thèse de Stéphane PINON : *Les Réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, 627 p.

²⁶⁹ Le lecteur pourrait notamment se reporter à la thèse de Céline AMAR : *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, thèse dact., Université Lumière Lyon-II, 2 t., 2003, 1288 p. Voir également les travaux de Marie-Anne COHENDET et notamment, pour une approche synthétique du droit constitutionnel européen : *Droit constitutionnel*, 2013, op. cit., en particulier p. 235 et s. Voir également J.-C. COLLIARD, *Les Régimes parlementaires contemporains*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978, 369 p. ; ou encore E. GROSSMAN et N. SAUGER, *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'UE*, op. cit.

III. PRÉSENTATION DE LA DÉMARCHE

Le professeur KEATING déclarait à ses étudiants : « Je me tiens debout sur mon bureau pour me rappeler à moi-même que nous devons toujours regarder le monde sous un angle différent²⁷⁰ ». Cette invitation peut être appliquée ici. Changer de posture théorique (1) peut permettre de proposer une nouvelle conception de la compétence de nomination du président de la République (2).

1. LA POSTURE THÉORIQUE

Si se doter d'une posture théorique, et en faire l'aveu²⁷¹, paraît toujours nécessaire, cette exigence est d'autant plus prégnante pour la présente thèse. De prime abord en effet, la compétence présidentielle de nomination semble échapper au droit et à l'étude juridique. Dans ce domaine, tout ne serait qu'intrigue et le droit aurait bien peu de prise. En particulier, les rapports de pouvoir seraient tels que, compétent pour nommer, le président de la République serait également compétent pour choisir les personnes à nommer. Cette évidence est à interroger. Afin de convaincre de la nécessité de penser la compétence de nomination présidentielle suivant une approche rénovée, il faut préalablement montrer les limites des conceptions classiques de ce sujet (1). Le choix d'une posture dérivée du positivisme normativiste pourra ainsi être justifié (2), avant que la méthode d'interprétation qui en résulte soit précisée (3).

²⁷⁰ P. WEIR, *Dead Poets Society*, (*Le Cercle des Poètes disparus*), USA, 1,85:1, 35 mm, 128 min., 1989. Notre trad. pour : « I stand upon my desk to remind myself that we must constantly look at things in a different way ».

²⁷¹ É. MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », VI^e Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 2005.

1.1 Les limites des conceptions doctrinales classiques du « pouvoir de nomination » : une critique du réalisme juridique

36. La démarche classique et majoritaire pour étudier ce qui est souvent appelé le « pouvoir de nomination » paraît soutenue par une posture réaliste qui n'est pas toujours « avouée », pour reprendre le terme d'Éric MILLARD²⁷².

L'école réaliste du droit connaît diverses ramifications et raffinements qu'il ne s'agit pas d'exposer ici²⁷³. Seul son courant le plus représenté en France retiendra notre attention puisqu'il semble que ce soit, souvent implicitement, par ce prisme que la doctrine française étudie les compétences présidentielles et la compétence de nomination en particulier. Il s'agit de la « théorie réaliste de l'interprétation ». Élaborée par Michel TROPER et développée par l'école de Nanterre, cette théorie peut être envisagée comme une radicalisation de la théorie kelsénienne de l'interprétation²⁷⁴. Pour le professeur TROPER et son école, les normes ne sont pas *objet* de l'interprétation²⁷⁵ mais *résultat* d'une interprétation (« réalisme interprétatif²⁷⁶ »). Or, interpréter désigne, pour cet auteur, *l'opération factuelle consistant à conférer une signification* à un texte qui, avant cette opération interprétative, en était dépourvu²⁷⁷ (« empirisme, scepticisme et volontarisme sémantico-normatif »). Autrement dit, un énoncé « juridique » ne deviendrait une norme que par l'interprétation authentique, c'est-à-

²⁷² *Idem*.

²⁷³ Voir P. BRUNET, « Le “positivisme” français dans la lumière du nord. Le réalisme juridique scandinave et la doctrine française », *Revus*, n°24, 2014, p. 187-208 ; É. MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain : un essai de caractérisation », in P. BRUNET et É. MILLARD (dir.), *Le Réalisme juridique scandinave en question*, Presses Universitaires de Rouen, 2004, publié aussi in *Revus*, n°24, 2014, p. 81-97 ; É. MILLARD, « Réalisme », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2003, p. 1297-1299.

²⁷⁴ En ce sens, F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 322 et s. ; pour une présentation et une discussion acérée de cette théorie voir O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Analisi e diritto*, 2001, p. 231-284. Voir, en réponse, M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e diritto*, 2003, p. 297-314. Puis O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n°52, 2002, p. 759-788. La critique de la théorie réaliste de l'interprétation par le professeur PICARD est également ciselée : É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'Office du juge*, Publications du Sénat, 2008, p. 42-147.

²⁷⁵ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 87 : « La norme ne peut être objet d'interprétation ».

²⁷⁶ Tous les qualificatifs cités entre parenthèses sont du professeur PFERSMANN, in « Contre le néo-réalisme juridique », art. cité, p. 242-244.

²⁷⁷ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 304 : « Ce qui fait l'objet de l'interprétation en effet, ce n'est pas une norme, mais un texte, dont précisément on cherche à déterminer quelle est la norme qu'il pose. Dire qu'un texte peut être porteur de plusieurs sens, c'est dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles l'organe d'application doit choisir celle qu'il appliquera. Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte ».

dire par le *choix* volontaire – et non par une opération cognitive²⁷⁸ – émanant d’organes dont les décisions ne sont pas susceptibles d’être remises en cause²⁷⁹ : « L’interprétation authentique est donc une décision, qui met fin au débat²⁸⁰ ». Or, « au nombre des normes ainsi créées par les interprètes figurent celles qui fondent leurs compétences. Ils sont donc les maîtres de leurs propres compétences²⁸¹ » (« efficacité interprétative »). Le droit se trouve ainsi réduit au fait (« réductionnisme strict »).

37. Il semble qu’aujourd’hui, en France, une grande partie des auteurs retient les inférences de la théorie réaliste de l’interprétation, sans se revendiquer explicitement d’une telle école de pensée et sans conserver pour autant l’ensemble des postulats et des concepts utilisés par ce courant théorique. En effet, il n’est pas rare de lire que le caractère vague ou obscur de la Constitution²⁸² (*scepticisme*²⁸³) ne se résorberait que par l’observation des actions présidentielles²⁸⁴ (*réalisme interprétatif*), résultats de son interprétation propre (*efficacité interprétative*). D’un tel point de vue, les faits se confondent donc avec le droit

²⁷⁸ M. TROPER, *ibid.*, p. 99 : « De nombreux auteurs l’ont démontré, l’interprétation n’est pas un acte de connaissance, mais de volonté ». Cf. M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », art. préc., p. 299 : les « interprétations sont donc le produit de la volonté de l’interprète et non une fonction de la connaissance. Ce sont des prescriptions. Elles ne sont ni vraies, ni fausses ».

²⁷⁹ M. TROPER, *ibid.*, p. 91 : « Si la loi est non pas l’acte de volonté du législateur, ni le texte publié au *Journal officiel*, mais la norme que ce texte contient, c’est le juge qui énonce la loi et non le législateur ». M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », art. préc., p. 299 : « L’ordre juridique attache à certaines interprétations, auxquelles on donne le nom d’“authentiques”, certains effets, notamment que le texte doit être réputé avoir la signification qui lui a été attribuée, quelle que soit cette signification, même si celle-ci est très éloignée de celle qu’on pourrait leur attribuer par ailleurs, au vu du langage employé par le texte, de ce qu’on peut connaître de l’intention de l’auteur initial du texte ou d’une donnée quelconque ». Et d’ajouter : « comme les normes ne sont que les significations de certains énoncés, les normes ne sont pas posées par les créateurs des énoncés mais par les interprètes authentiques. Avant d’être interprétés, les énoncés n’ont aucune signification [...] ».

²⁸⁰ M. TROPER, *La Philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 98.

²⁸¹ M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », art. préc., p. 299.

²⁸² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat », t. 1, 15^e éd., 2006, p. 36 et s. ou encore F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, Sirey, Coll. « Université », 32^e éd., 2013, p. 523.

Nous pensons que les articles 13 et 21 de la Constitution française suscitent des interrogations et qu’ils sont ambivalents. Néanmoins, selon nous, la clé de clarification ne réside pas dans l’observation empirique des agissements présidentiels.

²⁸³ Nous reprenons les qualifications déjà citées, empruntées à Otto PFERSMANN, *in* « Contre le néo-réalisme juridique », art. cité, p. 242-244.

²⁸⁴ Voir par exemple M. VERPEAUX, *Manuel de droit constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2010, p. 176, au sujet des ordonnances : « La question s’est posée de savoir si le président de la République pouvait refuser de signer les ordonnances voulues par le Gouvernement. La réponse a été, en quelque sorte, donnée par les faits à partir du moment où le Président Mitterrand a, en 1986, interprété les dispositions de l’article 13 de la Constitution, éclairées par celles de l’article 5, comme lui permettant de refuser sa signature ». Dans le même sens, mais tout en critiquant la prévalence de la force sur le droit, J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la V^e République*, Dalloz, coll. « Classic », 2012, p. 325 : « Le président pouvait-il ne pas signer les ordonnances ? Oui, et la preuve c’est qu’il la fait, sans encourir de poursuites au titre de la haute trahison [*sic*] ».

(*réductionnisme strict*)²⁸⁵, ce qui permet, par exemple, de présenter la cohabitation comme un changement *de* (et dans) la Constitution de la Cinquième République²⁸⁶. Séduisante de prime abord lorsqu'elle contribue à interroger les décisions juridictionnelles, une telle théorie emporte de lourdes conséquences quant à la compétence de nomination du président de la République.

38. À n'en pas douter, prise au sérieux, cette théorie présente de très nombreux intérêts. Éric MILLARD a montré qu'elle permet « une autre lecture politique des rapports juridiques, [...] un désenchantement de la raison juridique et [...] une théorie du droit comme ressource pour l'action²⁸⁷ ». Selon le professeur :

Ce n'est pas la théorie réaliste de l'interprétation qui rend la décision juridiquement incontestable, mais bien le fonctionnement de la machinerie juridique : c'est bien parce qu'il n'y a pas de possibilité de contester juridiquement le sens retenu que c'est cet acte de concrétisation qui donne le sens de l'énoncé : la norme²⁸⁸.

Or, dans ces lignes apparaît le scepticisme sémantique qui implique une réduction du droit aux faits, laquelle confine au dessaisissement critique de la doctrine juridique²⁸⁹. Au-delà de son inconsistance logique²⁹⁰ révélée par le professeur PFERSMANN²⁹¹, la théorie réaliste de l'interprétation présente d'abord une limite quant à sa faculté explicative : cette dernière ne peut pas distinguer les concrétisations correctes des concrétisations fautives des normes

²⁸⁵ En ce sens, par exemple, Jean GICQUEL énonce clairement au début de sa thèse de doctorat, sous la forme d'un postulat, que « le texte [de 1958] est moins important que la pratique qu'il a suscitée ». Et d'ajouter plus loin que « l'envahissement de la Constitution, par la pratique, a provoqué son effacement » (J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la V^e République : bilan d'un septennat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1968, respectivement p. 27 et p. 28). Dans le même sens, P. AVRIL, « L'Assemblée d'aujourd'hui », *Pouvoirs*, n°34, 1985, p. 5 : « la seule vérité des textes qui soit incontestable [...] est celle de leur application ».

²⁸⁶ Par exemple, M. BONNARD, « Le Gouvernement », in M. VERPEAUX (dir.), *Institutions et vie politique sous la V^e République*, La Documentation française, coll. « Les Notices », 4^e éd., 2012, notam. p. 51 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 405.

²⁸⁷ É. MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 731. Voir également F. BRUNET, *La Normativité en droit, op. cit.*, p. 323.

²⁸⁸ É. MILLARD, *loc. cit.*

²⁸⁹ Pour une telle critique, voir par exemple M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 221 ; E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2005, p. 26. Voir cependant la nuance apportée par le professeur COHENDET in *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 446. L'auteur concède que la légitimation n'est pas le fait de la théorie réaliste de l'interprétation elle-même mais des usages qui peuvent en résulter. Pour une réponse, du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation elle-même, voir É. MILLARD, « Quelques remarques (...) », art. cité, p. 729-730.

²⁹⁰ Nous visons bien là l'inconsistance au sens logique, c'est-à-dire son « manque de cohérence interne » (*TLFi-lex. préc.*, entrée « Inconsistance »).

²⁹¹ Voir les articles cités *supra*, note p. 51.

puisque ces dernières ne sont, en dernier lieu, que ce que les organes d'application en disent²⁹². Il s'ensuit que la théorie réaliste de l'interprétation « frappe d'inutilité toute discussion juridique rationnelle des actes en cause et rend vaine toute critique de cette nature²⁹³ ». Plus radicalement encore, la théorie réaliste de l'interprétation prive de la capacité de distinguer ce qui est du droit de ce qui n'en est pas ou plus²⁹⁴ : « elle ne voit pas qu'en affirmant qu'une "norme ne peut être objet d'interprétation", elle postule que l'interprète n'a pas besoin d'un énoncé pour interpréter, c'est-à-dire finalement qu'il n'y a rien à interpréter²⁹⁵ ». Dès lors, poussée dans ses dernières limites, la théorie réaliste de l'interprétation remet le droit à la raison du plus fort – fût-elle enserrée dans des contraintes²⁹⁶.

Pour toutes ces raisons, il a donc paru nécessaire de se donner une posture théorique qui ne ressortisse pas au réalisme juridique.

1.2 Le choix d'une théorie dérivée du normativisme

39. Le choix d'une théorie, quand bien même il s'agirait d'une théorie exigeant la neutralité de sa posture, ne paraît jamais dépourvu d'idéologie. « Adopter telle théorie plutôt que telle autre révèle [*sic*] en ce sens d'un choix [...] [qui] repose, en partie, sur un certain nombre de présupposés²⁹⁷ », écrit Xavier MAGNON. Or, parce que nous pensons le droit comme un instrument²⁹⁸, nous avons adopté une posture dérivée du positivisme normativiste,

²⁹² M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », art. cité, p. 220 ; dans le même sens, É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », art. cité, p. 52-53.

²⁹³ É. PICARD, *ibid.*, p. 55.

²⁹⁴ Ce faisant, d'ailleurs, elle se disqualifie elle-même comme théorie *du Droit*. Mais c'est une autre question.

²⁹⁵ F. BRUNET, *La Normativité en droit, op. cit.*, p. 323.

²⁹⁶ Voir M. TROPER et V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, coll. « La Pensée juridique », 2005, 203 p.

²⁹⁷ X. MAGNON, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 277. Cet article est tiré d'une intervention présentée au congrès de l'Association française du Droit constitutionnel qui s'est tenu à Paris en septembre 2008. Dans la version orale du document accessible en ligne, l'auteur avait retenu : « Adopter telle théorie plutôt que telle autre révèle [*sic*] en ce sens d'un choix [...] [qui] repose, en partie, sur un certain nombre de présupposés plus ou moins conscients sur ce que *doit être* le droit » (nous soulignons).

²⁹⁸ J. BÉTAILLE, *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne (...)*, p. 9 et s. ; M.-A. COHENDET, « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », art. cité, p. 299-314 ; voir aussi les amples développements que l'auteur consacre à la présentation d'une telle conception, in M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 2, *op. cit.*, p. 558 et s.

c'est-à-dire une théorie qui permette de distinguer une norme du système juridique français de ce qui n'est pas une norme en tant qu'elle est exclue de ce système ; une théorie qui, en outre, serve à identifier une concrétisation ou une application fautive de ces normes ; une théorie qui assume le caractère politique de son objet sans l'y abandonner tout à fait²⁹⁹ ; une théorie, enfin, qui autorise une évaluation du système juridique français.

40. Du normativisme théorisé par Hans KELSEN³⁰⁰ et développé ensuite³⁰¹, nous retiendrons que le droit est un ensemble hiérarchisé de normes³⁰² produites de façon dynamique³⁰³. Cela suppose que le mode de production des normes est établi par d'autres normes juridiques considérées pour cette raison comme supérieures dans l'ordre de production. En ce sens, le droit est un système complet – dépourvu de lacune – dont la norme suprême est supposée valide. Le normativisme permet ainsi d'identifier les normes et de disqualifier les « non-normes ». Il peut, de plus, autoriser un « “calcul des défauts” qui permet de contrôler la conformité des normes inférieures aux normes supérieures³⁰⁴ » – dans le rapport de production –, ce que le réalisme rendait impossible. Mais, affirmant cela, il faut encore préciser un certain nombre d'éléments en se départant de l'approche strictement normativiste.

Ne seront considérés comme des normes que les actes adoptés conformément aux normes supérieures réglant leurs conditions de production. Le caractère régressif de cette affirmation apparaît cependant bientôt et pose inévitablement la question de la norme première : la norme fondamentale, dans le vocabulaire kelsénien. Hans KELSEN la considérait comme une

²⁹⁹ Les réflexions que suscite le courant du « Droit politique » sont, de ce point de vue, très fécondes. Voir en particulier le site de la revue *Jus Politicum*. Voir également la présentation du projet ANR sur le site de l'Institut Michel VILLEY : <http://institutvilley.com/Le-seminaire-de-droit-politique>. Ce projet scientifique qui fait dialoguer juristes, historiens, politistes, philosophes a été conçu et fondé par les professeurs Denis BARANGER, Armel LE DIVELLEC et Carlos-Miguel PIMENTEL.

³⁰⁰ En particulier, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*.

³⁰¹ Les divers travaux d'Otto PFERSMANN cités dans la bibliographie de la thèse permettent une première approche de ces questions et l'auteur propose lui-même des références éminemment copieuses. Voir aussi J.-Ph. DEROSIER, *Les Limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, en particulier l'introduction de la thèse de l'auteur.

³⁰² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, notam. p. 193-273 ; O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 483-528.

³⁰³ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 178.

³⁰⁴ J.-Ph. DEROSIER, *Les Limites constitutionnelles à l'intégration européenne (...)*, *op. cit.*, p. 16. Dans la perspective normativiste du professeur DEROSIER, ce calcul des défauts est strictement dépendant de son organisation par le système juridique lui-même et est une activité extra-doctrinale.

fiction³⁰⁵, d'autres auteurs préfèrent admettre qu'elle n'existe pas³⁰⁶. Cette deuxième position pose cependant également problème car, peu explicative, elle renvoie *in fine* à une conception selon laquelle le droit serait fondé sans l'être. Il semble possible de dire que la norme fondamentale n'est valide que par un fait : un ressort fiduciaire au sens philosophique du terme³⁰⁷. En ce sens, cela rompt avec le normativisme puisqu'il s'agit de réintroduire le fait dans le droit en admettant que « la sphère de l'être ne saurait être tout à fait coupée de celle du devoir-être³⁰⁸ » sans, pour autant, les réduire l'une à l'autre. Le fait est fondement du droit – ce qui permet, par exemple, de saisir le rôle d'une révolution politique dans l'érection d'un nouvel ordre juridique –, mais, une fois fondé, le droit suit ses propres règles internes de production. Dire que le droit est fondé par un ressort fiduciaire suppose que l'ordre en vigueur exige une certaine légitimité « qui rappelle aux juristes que le titre à agir des institutions positives est fragile, car il s'établit sur la confiance³⁰⁹ ».

41. Par ailleurs, une telle posture permet à la doctrine d'effectuer un « calcul des défauts ». En cela, la position retenue s'écarte aussi du normativisme pour lequel une telle évaluation n'est possible *en droit* que si l'ordre juridique prévoit l'existence d'un tel calcul³¹⁰. Autrement dit, un contrôle de validité et/ou de conformité n'est possible que si une norme du système le prévoit et une telle évaluation n'incombe nullement à la doctrine (à moins qu'elle y soit habilitée par une norme). Se doter d'une telle théorie du droit autorise la doctrine à procéder à un tel calcul. Le chercheur en droit peut alors non seulement distinguer les normes des non-normes et les normes fautives des normes conformes, mais il peut encore « juger de la

³⁰⁵ Hans Kelsen a véritablement travaillé cette question à partir de la deuxième édition de la *Théorie pure*, en 1960. Dans cette édition, il considère la norme fondamentale comme une hypothèse. Ce n'est que dans la *Théorie générale des normes*, publiée à titre posthume, qu'il revient sur cette idée pour considérer la norme fondamentale comme une fiction : « La norme fondamentale [...] n'est pas une hypothèse [...] mais une fiction qui se distingue de l'hypothèse par le fait qu'elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience que la réalité ne lui est pas conforme » (H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. franç. par Beaud O. et Malkani F., PUF, coll. « Léviathan », 1996, p. 1-14).

³⁰⁶ C'est le cas de J.-Ph. Derosier qui suit en cela R. Guastini (J.-Ph. Derosier, *Les Limites constitutionnelles (...)*, *op.cit.*, p. 19).

³⁰⁷ Nous nous inspirons très librement de la thèse soutenue in F. Brunet, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 417 et s. La fiducie désigne ce à quoi il est possible de se fier. Le mot vient du latin *fiducia* : confiance, et *fides* : foi. F. Brunet renvoie (p. 419) au *Dictionnaire historique de la langue française* d'Alain Rey (*op. cit.*). L'auteur, dont la conception du droit n'est nullement normativiste, consacre la deuxième partie de sa thèse (dans sa version publiée) à une enquête portant sur les rapports fiduciaires de la normativité juridique.

³⁰⁸ A. Le Divellec, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, p. 566.

³⁰⁹ F. Brunet, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 490.

³¹⁰ En ce sens, il s'agit d'une « propriété contingente » de l'ordre juridique (J.-Ph. Derosier, *Les Limites constitutionnelles (...)*, *op.cit.*, p. 16).

cohérence du système juridique étudié³¹¹ » et « juger de l'adéquation des moyens aux fins³¹² ». « Juger de la cohérence du système juridique » signifie le soumettre à une évaluation interne en confrontant « une norme considérée à d'autres normes³¹³ » du système étudié. « Juger de l'adéquation des moyens aux fins » consiste à répondre à l'invitation de Max WEBER qui énonçait que « la science du droit peut seulement (*sic*) indiquer que, *lorsque nous voulons un certain résultat*, telle règle de droit est [...] le moyen *approprié* pour l'atteindre³¹⁴ ». Une telle posture invite ainsi à ne pas faire l'économie d'une interrogation sur l'efficacité des normes³¹⁵ et sur leur effectivité³¹⁶. La posture théorique choisie permet ainsi non seulement de saisir les normes, de les expliquer et de les comprendre, mais elle impose encore d'étudier la façon dont la Constitution et ses normes de concrétisation prennent vie³¹⁷. L'étude de la distance – sinon de la rupture – entre le droit et le fait, entre le « régime » et le « système »³¹⁸ politiques, entre le « droit de la Constitution » et le « système de Gouvernement »³¹⁹, l'étude des violations de la Constitution³²⁰, dans une telle perspective, s'imposent. Enfin, il ne s'agit pas de dire que « le système de gouvernement d'un pays résulte

³¹¹ F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 85-86.

³¹² *Ibid.*, p. 86-88.

³¹³ *Ibid.*, p. 80.

³¹⁴ M. WEBER, *Le Savant et le politique* (1919), 10/18, 1959, p. 79 cité et souligné par F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 87. La remarque entre parenthèse est de l'auteur.

³¹⁵ Nous retiendrons la définition maximaliste que Julien BÉTAILLE propose de l'efficacité (J. BÉTAILLE, *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne (...)*, *op. cit.*, p. 18 et s.). Il estime qu'elle constitue le degré maximum de l'effectivité d'une norme : « L'efficacité pourrait alors être définie comme la qualité d'une norme dont les effets atteignent son objectif » (note p. 22). De son point de vue, auquel nous souscrivons, la norme peut être respectée tout en étant inefficace. Cf. M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », art. cité, p. 208-209. Sur le rapport entre évaluation et efficacité, voir M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, « La Constitution doit-elle être efficace ? », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'Efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 209-231.

³¹⁶ Julien BÉTAILLE définit l'effectivité comme « le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité » (J. BÉTAILLE, *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne (...)*, *op. cit.*, p. 22). Cf. M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », art. cité, p. 208-211 ; voir aussi L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'Efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, *op. cit.*, p. 27-59.

³¹⁷ Voir C. EISENMANN, « Droit constitutionnel et institutions politiques » (1957), in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2002, p. 518.

³¹⁸ Quant à cette distinction empruntée au professeur COHENDET, voir *supra* note p. 27 et s.

³¹⁹ Cette troisième distinction est retenue par le professeur LE DIVELLEC in « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V^e République », *Droits*, n°44, 2007, p. 103 et s. L'auteur oppose aussi le « régime constitutionnel » au « mode de Gouvernement » in *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...)*, *op. cit.*, p. 566.

³²⁰ Lauréline FONTAINE propose d'appeler « violation de la Constitution », « une transgression des interdits constitutionnels » (L. FONTAINE, « La violation de la Constitution : autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis », *RDP*, 2014, p. 1637). Pour une riche étude et une bibliographie dense sur la question des violations de la Constitution, voir L. ECK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 367 et s. L'auteur propose, quant à lui, de définir la violation de la Constitution comme « une irrégularité touchant le contenu de l'acte ou de la pratique qui s'avère contraire aux règles obligatoires du droit constitutionnel » (p. 375).

logiquement de “la Constitution”, entendue comme loi constitutionnelle³²¹ » mais bien de se donner comme prérequis que la Constitution est porteuse de normes établissant des « devoir être » (*sollen*). Expliquer l'écart entre les normes et la pratique nécessite cependant de resituer le droit dans le champ des sciences humaines, ce qui justifie le recours à l'histoire³²², à la philosophie, à la sociologie ou encore à la science politique. Il s'agit donc de « comprendre le droit constitutionnel à la lumière de sa pratique, de son histoire, de son soubassement philosophique³²³ » sans pour autant y sacrifier l'étude de la Constitution comme norme.

42. Une science du droit qui entend prendre acte de la spécificité de son objet peut alors émerger. Telle est la voie que peut ouvrir la thèse de François BRUNET :

Non seulement le caractère dogmatique du droit n'est pas un obstacle à une science du droit, mais c'est bien au contraire l'objet « droit » qui impose une science spécifiquement juridique et qui devra assumer pleinement le caractère dogmatique de son objet. Ce sont en effet les caractéristiques de l'objet – ce qui est devant soi – qui s'imposent d'elles-mêmes dans la construction de la science qui prétend s'en emparer³²⁴.

Cette thèse incite à se donner une science du droit qui accepte de prendre en compte le rapport entre le droit et la politique, entre le droit et des valeurs, en ayant à l'esprit que le droit est un moyen et donc qu'il est indexé à une fin donnée³²⁵. L'adoption d'une telle posture dérivée du normativisme semble pouvoir concilier les exigences scientifiques d'une démarche objective, sans feindre une neutralité³²⁶ dont l'épistémologie contemporaine a montré toute la

³²¹ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) », art. cité, p. 16 (du PDF disponible en ligne).

³²² V. D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n°3, 2009, 20 p.

³²³ Ainsi est présenté le projet porté par l'école du Droit politique sur le site consacré à la présentation du projet ANR : <http://institutvilley.com/Le-seminaire-de-droit-politique>.

³²⁴ F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 53-54.

³²⁵ C'est là formuler en d'autres termes ce que nous avons visé plus haut comme une conception instrumentale du Droit (voir *supra* note p. 54 et s.). Voir aussi L. FONTAINE, « La violation de la Constitution : autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis », art. cité, p. 1637 : « La valorisation du constitutionnalisme, par le rappel de son ambition, semble devoir passer par la valorisation subséquente d'un concept de violation de la Constitution. Si la Constitution a une valeur, du point de vue de l'ambition qu'elle porte, il est véritablement indispensable de permettre la mise en lumière de tous les mouvements contraires à cette ambition, théoriques, épistémologiques ou structurels ».

³²⁶ Quant à la différence entre objectivité et neutralité, nous souscrivons pleinement aux propos de Marie-Anne COHENDET in « Science et conscience. De la neutralité à l'objectivité », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, p. 75-89. Voir aussi, L. FONTAINE, « La violation de la Constitution : autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis », art. cité, p. 1636 : « La difficulté de la doctrine à reconnaître la pertinence technique du concept de violation de la Constitution ne tient pas à des difficultés techniques ou épistémologiques réelles, mais bien à une *difficulté éthique*. La question centrale est, chez les juristes comme chez de nombreux autres scientifiques, à la fois celle de l'“engagement” et du détachement. L'engagement va bien au-delà de la question politique, qui n'est souvent qu'un paravent de l'absence d'engagement » (Souligné par l'auteur).

fragilité³²⁷. En choisissant une telle posture, il est alors permis de porter un regard nouveau sur la compétence de nomination du président de la Cinquième République.

1.3 Les conséquences de la posture théorique choisie sur l'interprétation de la Constitution

43. « Le droit se caractérise par le fait qu'il appartient aux "sciences *humaines*" ou encore aux "sciences *de la culture*" : le droit, comme ces autres sciences, appartient au domaine de l'esprit et nécessite l'*interprétation*³²⁸ ». Sans revenir aux débats relatifs à l'interprétation comme acte de volonté et/ou de connaissance au sujet duquel la littérature est abondante³²⁹, notons que plusieurs auteurs proposent diverses méthodes d'interprétation doctrinale.

À partir des travaux de Jerzy WROBLEWSKI³³⁰, Michel TROPER distingue l'interprétation sémiotique – fondée sur le langage –, l'interprétation génétique – reposant « sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte » –, l'interprétation systémique – visant « à éclairer un fragment du texte par un autre » –, et l'interprétation fonctionnelle – consistant à « donner au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue »³³¹. Neil MacCORMICK propose pour sa part un triptyque admettant plusieurs subdivisions internes qui recourent partiellement la typologie du professeur TROPER : « arguments linguistiques », « arguments systémiques » et « arguments téléologiques/déontologiques »³³². Les premiers font « appel au langage lui-même comme une source de justifications pour privilégier une interprétation ou une autre³³³ ». Les deuxièmes consistent à prendre acte du contexte dans lequel s'inscrit la norme à interpréter afin d'en

³²⁷ F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, en particulier p. 57 et s. L'auteur prend l'exemple de la physique quantique. Dans un autre registre, voir T. LAQUEUR, *La Fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, trad. franç. par GAUTIER M., Gallimard, Coll. « NRF Essais », 1992, 348 p.

³²⁸ F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 332 (souligné par l'auteur).

³²⁹ Pour des synthèses et de bonnes restitutions de cette problématique, voir par exemple J. BÉTAILLE, *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne (...)*, *op. cit.*, p. 583-592. Voir aussi M. TROPER, « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 843-847.

Pour un dépassement de cette dichotomie, voir la troisième voie proposée par F. BRUNET qu'il nomme « la conception rationnelle de l'interprétation » (F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 331). Après l'avoir présentée et critiquée (p. 315-331), l'auteur propose de dépasser la dichotomie habituelle et les impasses qu'elle engendre (p. 331-361).

³³⁰ *Meaning and truth in judicial decision*, *Juridica*, 1979.

³³¹ M. TROPER « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, et du même auteur, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 77.

³³² N. MACCORMICK, « Argumentation and interpretation in law », *Argumentation*, vol. 9, 1995, p. 467.

³³³ *Ibid.*, p. 472. Notre trad. pour : « The categories of interpretative argument are, first, those that *appeal to language itself as a source of reasons for favouring one interpretation or another* ("linguistic" arguments) »

fournir une compréhension acceptable³³⁴. Les derniers enfin s'appuient sur les intentions ou la fin visée par le législateur ou sur les conceptions de la justice animant l'interprète³³⁵. Ricardo GUASTINI, dans le cadre d'une étude spécifiquement consacrée aux méthodes d'interprétation de la Constitution par la doctrine, distingue quant à lui l'interprétation littérale, l'interprétation *a contrario*, l'interprétation à partir de l'intention du constituant, l'interprétation restrictive, l'interprétation extensive et l'interprétation systématique³³⁶.

44. Les interprétations systémiques et génétiques paraissent faire davantage question que l'interprétation linguistique. Utiliser l'analyse du langage pour déceler le (ou les) sens d'un énoncé écrit semble effectivement l'évidence. Nous admettons que les mots du langage légal ne sont pas toujours sans rapport avec la signification que leur confère la langue naturelle ; en ce sens, ils ne sont que relativement autonomes. Il s'ensuit que nous considérons que les significations des mots du langage légal ne sont pas absolument figées.

Au sujet de l'*interprétation génétique*, Michel TROPER écrit qu'elle repose « sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte ». L'interprétation constitutionnelle génétique serait alors presque impossible. En effet, l'auteur de la Constitution est le peuple français et l'on serait bien en peine d'identifier effectivement sa volonté, sinon celle d'adopter le texte constitutionnel³³⁷ de 1958. Néanmoins, en distinguant l'auteur au sens juridique (le peuple) et l'auteur au sens littéraire (les rédacteurs)³³⁸, l'interprétation génétique peut servir d'indice quant aux intentions des seconds et quant au(x) sens à donner aux dispositions constitutionnelles. Deux types d'arguments peuvent être déployés. D'une part, les rédacteurs étaient contraints par les limites imposées par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958³³⁹ ; il est donc permis à l'interprète de lire le texte constitutionnel au regard des exigences qui ont présidé à son élaboration. D'autre part, certains des travaux et certaines des discussions des rédacteurs eux-mêmes ont été publiés, qui peuvent non seulement « servir à l'Histoire de

³³⁴ *Ibid.*, p. 473. Le texte original indique : « These are a set of arguments which work towards an acceptable understanding of a legal text seen particularly in its context as part of a legal system ». Nous simplifions les propos de l'auteur qui adopte une conception très large du contexte lequel, dans sa présentation, n'est pas seulement inter-textuel mais tient aussi compte de la jurisprudence suivant le système du précédent, du contexte historique, etc.

³³⁵ *Ibid.*, p. 476.

³³⁶ R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, *op. cit.*, p. 486-489.

³³⁷ Compte tenu de la position théorique adoptée, le syntagme « texte constitutionnel » désigne toujours la Constitution comme norme.

³³⁸ Telle est la distinction que suggère le professeur AVRIL in « Le piano mécanique », in *Itinéraires. Mélanges en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 16-17.

³³⁹ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 *portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution*.

l'élaboration » de la Constitution mais aussi servir à son interprétation³⁴⁰.

Ricardo GUASTINI se montre critique, quant à lui, vis-à-vis de l'*interprétation systémique* au sujet de laquelle il écrit qu'elle « ne correspond pas à une technique interprétative spécifique ». Pour l'auteur, il est contestable d'invoquer « un prétendu caractère "systématique" du droit en général ou de la Constitution en particulier³⁴¹ ». Mais que le droit présente des incohérences ou des non-sens est une chose ; que les interprètes du droit – qu'ils soient « authentiques », simples juristes ou destinataires absolument profanes – renoncent à rechercher une cohérence et à la placer au cœur de leurs discours (et de leurs actions) est autre chose. « L'interprétation juridique consiste donc à construire, outre la signification des énoncés positifs, la rationalité du droit lui-même³⁴². » Décontextualiser les interprétations pulvériserait le droit et ne se ferait qu'au prix d'une perte de sens³⁴³.

L'interprétation systémique peut être de plusieurs ordres et subsumer certaines des méthodes évoquées par les trois auteurs cités ; elle peut notamment être intra- ou extra-textuelle. La première méthode consiste à replacer une norme dans son *contexte* formel ; la seconde, plus axiologique, consiste à replacer la norme dans son contexte substantiel³⁴⁴. Cette dernière « résulte d'une lecture globale de l'ordre juridique, c'est-à-dire d'une interprétation du droit³⁴⁵ » qui suppose un contexte de « représentations, d'axiologies, de réalités qui fondent l'existence même du droit³⁴⁶ ». En d'autres termes, ce que Michel TROPER et Neil MacCORMICK nomment « systémique » correspond à une interprétation intra-textuelle ; ce que le premier dit « fonctionnel » et le second « téléologique/déontologique » est, à notre sens, une analyse systémique extra-textuelle.

Nous distinguerons donc, pour la démonstration, l'argument linguistique³⁴⁷, l'argument systémique³⁴⁸ intra- et extra-textuel et l'argument génétique.

³⁴⁰ Voir *contra* Pierre AVRIL, « Le piano mécanique », art. cité, p. 13-18. Sans aller jusqu'à penser que les échanges entre les rédacteurs puissent (et doivent) permettre de considérer que la Constitution opère à la manière d'un piano mécanique, il nous semble qu'ils sont riches d'enseignements quant aux significations possibles du texte constitutionnel et quant à la pratique qu'il est possible d'attendre.

³⁴¹ R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), t. 1, *op. cit.*, p. 488.

³⁴² F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 333.

³⁴³ Voir les pages proposées à ce sujet *in ibid.*, p. 364 et s.

³⁴⁴ En ce sens, *ibid.*, p. 365 et 367.

³⁴⁵ H. RABAULT, *L'Interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 220, cité par F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 367.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 228, cité par F. BRUNET, *idem*.

³⁴⁷ Nous dirons aussi sémiotique ou littérale.

³⁴⁸ Nous dirons aussi holistique.

45. Mais une difficulté réside dans leur articulation et dans les résultats potentiellement contradictoires auxquels elles aboutissent parfois. Ces trois types d'arguments peuvent être hiérarchisés. En effet, puisque l'écrit est d'abord ce qui se livre à la connaissance des destinataires et interprètes de la norme, l'argument linguistique paraît devoir être privilégié. L'argument systémique intra-textuel vient ensuite, qui s'appuie sur le reste du texte constitutionnel (ce qui nécessite préalablement une interprétation sémiotique des autres dispositions constitutionnelles). L'argument extra-textuel et l'argument génétique interviennent en dernier lieu.

Dans l'interprétation linguistique réside un but de préservation de clarté et de précision dans le langage législatif et un principe de justice qui interdit la réécriture rétrospective des mots choisis par le corps législatif ; dans l'interprétation systémique réside un principe de rationalité fondée sur la valeur de cohérence et d'intégrité dans un système juridique ; dans l'interprétation téléologique/déontologique réside le respect de l'exigence d'une raison pratique selon laquelle l'activité humaine est guidée, soit par un certain sens des valeurs à réaliser par l'action, soit par des principes à observer en elle³⁴⁹.

2. LES HYPOTHÈSES ET LA PROBLÉMATIQUE

46. Cette recherche part du constat qu'il est nécessaire de renouveler l'étude de la compétence de nomination du président de la République selon un point de vue qui ne se veut ni réaliste (au sens de la théorie du Droit), ni seulement descriptif (ce à quoi pourrait confiner un normativisme strict). La posture théorique choisie invite à rompre avec la façon majoritaire, sinon classique, de présenter ce sujet en doctrine, qui permet insuffisamment de saisir les questions politiques mais surtout juridiques qu'il suscite³⁵⁰. Elle doit permettre de

³⁴⁹ Notre trad. pour « Behind linguistic interpretation lies an aim of preserving clarity and accuracy in legislative language and a principle of justice that forbids retrospective judicial rewriting of the legislature's chosen words ; behind systemic interpretation lies a principle of rationality grounded in the value of coherence and integrity in a legal system ; behind teleological/deontological interpretation lies respect for the demand of practical reason that human activity be guided either by some sense of values to be realised by action or by principles to be observed in it » (N. MACCORMICK, « Argumentation and interpretation in law », art. cité, p. 479).

³⁵⁰ Voir en particulier J. DUPORT, *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, thèse dact., Université Paris II, 1976, 242 f. ; A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, 2 t., thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 1979, 241 p. et 271 p. ; C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1981, 445 p. ; H. MISK, *Le Pouvoir de nomination du chef de l'État sous la Cinquième République*, Mémoire de DEA, Université Bordeaux 1, 1994,

révéler la spécificité de cette attribution présidentielle en offrant une approche particulière de la Cinquième République, tout en s'intégrant dans une interrogation sur la démocratie. À cet égard, les éléments d'analyse tirés de l'Histoire et du droit comparé ont permis d'entrevoir les questions majeures que suscitent les nominations : celle de la concentration de la compétence, celle de l'égalité des espérances, celle de la politisation et celle, enfin, qui les concerne toutes, la question du contrôle.

47. Le point de vue adopté invite à présenter et à interroger la façon dont la compétence de nomination du chef de l'État s'articule avec ces problématiques. En d'autres termes, l'objectif de cette recherche consiste à déterminer si la compétence de nomination du président de la République n'est pas à ce point concentrée qu'elle affecterait l'égalité des espérances, contribuerait à la politisation et ferait échec aux contrôles qui tenteraient de l'enserrer.

48. Il semble qu'un déséquilibre majeur naisse du prérequis selon lequel le pouvoir de nomination serait en même temps le pouvoir de désignation. Or, l'étude lexicale du sujet a invité à opérer une distinction entre nomination et désignation, d'une part, et compétence et pouvoir, d'autre part. L'assimilation entre compétence de nomination et pouvoir de désignation ne résistera pas à l'analyse. Et, dans la mesure où la compétence de nommer ne s'accompagne pas forcément du pouvoir de désigner, alors la plupart des contrôles semblent manquer leurs objectifs. C'est donc l'ensemble de la compétence présidentielle de nomination qu'il faudra repenser.

49. La première démarche doit donc porter sur l'habilitation confiée au président de la République. L'évidence consistant à penser que le président de la République déciderait des nominations sera interrogée tant elle semble porteuse d'un certain nombre de difficultés et lourde d'implications. Il apparaîtra que la compétence de nomination du président de la République s'est tôt muée en pouvoir d'agir par-delà les habilitations et même en pouvoir d'agir sur les habilitations. Ceci révélera la spécificité de cette attribution présidentielle qui semble pouvoir être comprise à partir de la proposition de Pierre BOURDIEU selon laquelle : « le pouvoir est animé par une sorte de *conatus*, pour parler comme Spinoza, [...] d'une

180 f. ; I. LEGRAND, *Le Pouvoir présidentiel de nomination aux emplois constitutionnels de l'article 13*, Mémoire de DEA, Université Paris II Panthéon-Assas, 1996, 181 f. ; C. TESTARD, *Le Contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du président de la République*, Mémoire de DEA, Publication de l'Université J. Moulin Lyon 3, 2011, 160 p.

tendance à persévérer dans l'être³⁵¹ ». La compétence de nomination paraît être l'une des meilleures illustrations de ce *conatus* du pouvoir. Par cette habilitation, le président de la République peut s'approprier le pouvoir de désignation, ce qui lui offre les moyens d'étendre encore sa compétence de nomination, etc. Cette analyse révélera que la compétence de nomination est l'un des facteurs majeurs, et souvent ignoré, de la « présidentialisation³⁵² » du système politique de la Cinquième République. (**Première Partie**).

Dès lors, la tension entre le droit et le fait est à son comble et rejailit sur la question des contrôles qui visent la distribution de la compétence et, avec elle, souvent, le mérite des personnes nommées. Une conception mal définie de la compétence de nomination du chef de l'État explique que les contrôles pesant sur son exercice ne puissent être efficaces. En effet, soit ils sont fondés sur le droit et peinent alors à limiter le pouvoir, soit ils sont fondés sur le phénomène de pouvoir et, dans ce cas, ils contribuent à conforter et à légitimer des pratiques non conformes. Dans les deux cas, l'échec des contrôles assombrit l'horizon égalitaire qui consiste à promouvoir les « vertus et talents » contre le favoritisme et la politisation. Là encore la spécificité de cette attribution se révèle : contribuant à priver les contrôles de leurs effets, elle est l'un des pouvoirs les plus efficaces dont dispose le chef de l'État pour asseoir son autorité dans le système politique de la Cinquième République (**Seconde Partie**).

³⁵¹ P. BOURDIEU, *Sur l'État (...), op. cit.*, p. 419 (Cours du 24 octobre 1991). Voir B. SPINOZA, *Éthique*, trad. franç. par APPUHN C. in *Spinoza ou la joie du sage (œuvres)*, Flammarion, coll. « Le Monde de la Philosophie », 2008, p. 258 (III ; prop. VI). Ce concept tiré de l'*Éthique* a de lourdes conséquences chez SPINOZA en terme politique (et dans sa construction d'une pensée du droit naturel). Son *Traité théologico-politique* (1670) et son *Éthique* (1677) déterminèrent le système que l'auteur commença à développer dans son *Traité politique* (1677), malheureusement inachevé. Pour une bonne présentation du lien entre ces trois ouvrages et ses conséquences sur la philosophie spinoziste du droit et du politique, voir en particulier C. LAZZERI, « Les lois de l'obéissance : sur la théorie spinoziste des transferts de droit », *Les Études philosophiques*, n°4, 1987, p. 409-438.

La démarche de la présente thèse est évidemment très éloignée du système spinoziste globalement considéré et, en particulier, de sa théorie du droit naturel.

³⁵² Voir la définition proposée *supra*, note p. 28.

**PREMIÈRE PARTIE. DE LA COMPÉTENCE DE NOMINATION
AU POUVOIR DE NOMINATION DU PRÉSIDENT DE LA
CINQUIÈME RÉPUBLIQUE**

« Un gouvernement constitutionnel cesse de droit d'exister, aussitôt que la Constitution n'existe plus, et une Constitution n'existe plus dès qu'elle est violée : le Gouvernement qui la viole déchire son titre : à dater de cet instant-même, il peut bien subsister par la force, mais il ne subsiste plus par la Constitution. »

B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*,
Guillaumin et Cie., 2e éd., 1872, p. 374-375.

50. Les tables nominatives du *Journal officiel* ou du *Bulletin quotidien* ne sont d'aucun secours pour déterminer l'ampleur de la compétence de nomination du président de la République. Elles indiquent qui est nommé, sans jamais préciser si cela est fondé en droit. Au contraire, l'analyse de la Constitution et de ses normes de concrétisation permet de délimiter le champ de l'habilitation présidentielle et de répondre, ce faisant, à la question de savoir quels emplois, fonctions, dignités ou titres le chef de l'État est habilité à attribuer. Mais, le texte constitutionnel a également un sens, une charge politique qui permet de dessiner le tableau de la Cinquième République et de situer le Président dans ce paysage. Précisément à la manière d'une peinture, la vision d'ensemble informe sur le sens d'un détail³⁵³ et, réciproquement, celui-là peut donner sens au tout³⁵⁴. Le détail et l'ensemble s'informent mutuellement. Une vision générale de la Cinquième République permet de saisir la compétence présidentielle de nomination ; réciproquement, cette compétence confiée au Président éclaire la Cinquième République. L'étude consacrée à une compétence particulière du chef de l'État ne peut renoncer à expliquer comment celle-ci s'inscrit dans l'ensemble. Ce

³⁵³ Par exemple, tous les tableaux qui représentent un banquet du Christ ne figurent pas nécessairement la Cène. C'est l'appréhension de l'ensemble – la tablée, sa configuration, la répartition et le nombre des personnages, les gestes – qui permet de comprendre qu'il s'agit du dernier repas. Cf. L. DE VINCI, *L'Ultima Cena*, 1494-1498, tempera sur gesso, 460 × 880 cm, église *Santa Maria delle Grazie de Milan*, Milan, Italie et P. VÉRONÈSE, *Le nozze di Cana*, 1562-1563, huile sur toile, 666 × 990 cm, Musée du Louvre, Paris, France.

³⁵⁴ Celui qui observe de loin *La chute d'Icare* de BRUEGHEL l'Ancien est bien en peine pour lier le titre et la représentation. C'est bien le détail, un personnage enfoui par les flots ne laissant apparaître que ses jambes, qui permet de conférer du sens à cette œuvre (P. BRUEGHEL, *La chute d'Icare*, 1558, huile sur panneaux transposée sur toile, 73,5 × 112 cm, Musées royaux des beaux-arts de Belgique, Bruxelles, Belgique).

sont d'abord la raison d'être et le sens de l'attribution de cette compétence au président de la République qu'il faut interroger avant d'étudier précisément les limites de cette compétence et ses caractéristiques. Une telle démarche permettra de mettre au jour l'influence du président de la République sur sa propre habilitation et révélera le *conatus* du pouvoir de nomination : la compétence présidentielle de nomination entretient le pouvoir de nomination et, plus généralement, le pouvoir présidentiel. Pour le démontrer, il convient d'abord de prouver que, en droit, il s'agit d'une compétence principalement formelle du président de la République, d'une compétence qui ne lui est confiée qu'à titre nominal. Autrement dit, dans la majeure partie des cas, il est habilité à signer mais n'a pas vocation à opérer des choix ; il est habilité à nommer et non à désigner (**Titre premier**). Ceci établi, il sera possible de démontrer combien les nominations elles-mêmes sont au centre du processus par lequel le président de la République peut capter et conserver un pouvoir de nomination qui, en droit, ne lui revient pas (**Titre second**).

TITRE PREMIER. UNE COMPÉTENCE FORMELLE

« Mais c'est le propre du temps où nous vivons que de réduire ceux qui écrivent ou qui parlent sur la politique à prouver l'évidence, et nous ne pouvons omettre d'établir en passant que la responsabilité ministérielle est indispensable à l'existence d'un gouvernement libre. »

L.-A. PRÉVOST-PARADOL, *La France nouvelle*,
Michel Lévy frères. Libraires éditeurs, 1868, p. 115.

51. Affirmer que le président de la République bénéficie d'une compétence de nomination nominale, c'est-à-dire d'une compétence qui ne s'accompagne pas d'un pouvoir de désignation, peut surprendre et faire accroire qu'il s'agit d'un calembour. Pourtant, il n'est pas rare que les mots du droit positif – notamment le recours, dans la Constitution, aux expressions « pouvoir de nomination », « le président de la République nomme aux emplois civils et militaires de l'État » – entrent en contradiction avec l'ingénierie normative qui s'applique à cette compétence. Comme l'indiquait Raymond JANOT, interrogé par François LUCHAIRE, « la magie des textes juridiques veut que lorsqu'on dit "le Président fait quelque chose" cela signifie en fait que ce n'est pas lui³⁵⁵ ». La signature présidentielle est, certes, fortement symbolique : elle n'est dépourvue ni de sens ni de conséquences. Mais la signification et l'ampleur qui lui ont été conférées en fait et en droit – par les diverses mesures de concrétisation de la Constitution – contreviennent à ce que le texte constitutionnel prévoit depuis l'origine.

Ce que Raymond JANOT présente comme la magie des textes juridiques est en même temps la magie du parlementarisme. Si le président de la République a une compétence de nomination qui, en droit, est principalement formelle, cela tient avant tout à l'exigence de contresignature portant sur la grande majorité des nominations auxquelles il est appelé à participer (**Chapitre premier**). Une telle thèse oblige à repenser la portée politique et

³⁵⁵ R. JANOT, in D. MAUS et O. PASSELECQ (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958*, La Documentation française, coll. « Les cahiers constitutionnels de Paris I », 1997, p. 47.

juridique du seing présidentiel. Car, contrairement à la définition que le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU propose, ce qui est formel n'est nullement dépourvu de valeur³⁵⁶. Si, dans la majeure partie des cas, la signature présidentielle en matière de nomination ne s'accompagne pas d'un pouvoir décisionnel, elle a néanmoins un caractère honorifique, lié à la fonction symbolique du président de la Cinquième République (**Chapitre second**).

³⁵⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Formel » : « De pur forme (sans examen au fond) d'où péj. sans valeur réelle ou sans contrôle effectif ».

CHAPITRE PREMIER. L'EXIGENCE DU CONTRESEING

52. Le contreseing comme endossement de responsabilité est caractéristique du régime parlementaire. C'est pourquoi il est important de situer la compétence présidentielle de nomination au regard de cette exigence. La fonction de la contresignature doit être réaffirmée, revalorisée et réétudiée afin de montrer l'importance de son application à la plupart des nominations mises à la signature présidentielle sous la Cinquième République. Cette exigence de contreseing est l'élément principal permettant d'affirmer que, en matière de nomination, le président de la République a principalement une compétence nominale.

L'article 19 de la Constitution de 1958, toujours en vigueur dans sa version d'origine, requiert que « les actes du président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1^{er} alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 [soient] contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables ». D'un point de vue linguistique, cet article est limpide. Il pose un principe – la contresignature de tous les actes présidentiels par le Premier ministre –, une possibilité – le contreseing de certains actes par les « ministres responsables » – et huit exceptions. Mais plusieurs interprétations de cet article sont permises pour en déterminer le sens et la portée³⁵⁷.

53. Trois propositions sont généralement émises par la doctrine, même si le plus souvent les auteurs estiment que la portée du contreseing varie selon que le Président est ou non contraint à la cohabitation³⁵⁸. En premier lieu, cet article permettrait de penser que les actes

³⁵⁷ Voir en ce sens M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, *op. cit.*, p. 248 ; confirmé in M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 132.

³⁵⁸ D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, t. 2, *op. cit.*, p. 186 et s. ; F. HAMON et M.

contresignés sont des actes relevant de la décision du président de la République, tout en admettant éventuellement que le Premier ministre bénéficie d'une faculté d'empêcher en refusant l'apposition du contreseing³⁵⁹. En deuxième lieu, il peut être soutenu que ces actes, soumis au contreseing, relèvent *également* du président de la République et du Premier ministre de sorte qu'un pouvoir de « codécision » leur appartient³⁶⁰. En troisième lieu, il est possible d'avancer que ces actes ne sont que des pouvoirs nominaux du président de la République qui ressortissent à la décision du Premier ministre, lequel jouit alors d'un pouvoir décisionnel effectif³⁶¹. Ces trois conceptions divergentes permettent de comprendre combien la contresignature (ou sa dispense) est une donnée fondamentale dont il convient de mesurer la pleine portée.

Quoiqu'elle reflète bien peu la pratique sous la Cinquième République, la dernière interprétation mentionnée semble pleinement justifiée, au point de vue de l'évaluation de la cohérence du système juridique étudié et de l'évaluation de l'adéquation des moyens aux fins³⁶². Le lien entre responsabilité, pouvoir habilité³⁶³ et contresignature doit être ré-établi pour prouver que les actes contresignés par « le Premier ministre et, le cas échéant par les ministres responsables », relèvent du pouvoir de décision des membres du Gouvernement. L'idée très répandue selon laquelle le contreseing aurait changé de portée sous la Cinquième République mérite d'être interrogée³⁶⁴. Assurément, les faits attestent la vérité d'une telle proposition. Il n'est pas certain pourtant que cela soit convaincant d'un point de vue juridique

TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Manuel », 35^e éd., 2014, p. 535.

³⁵⁹ Il semble que telle soit par exemple la position des professeurs Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU : Ph. ARDANT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Manuels », 26^e éd., 2014, p. 386 et s.

³⁶⁰ Notam. D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, t. 2, *op. cit.*, p. 186 et s. ; V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5^e éd., 2011, p. 335 (les auteurs évoquent une « symbiose ») ; B. FRANÇOIS, *Le Régime politique de la V^e République*, La Découverte, coll. « Repères », 3^e éd., 2006, p. 63 ; F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 535 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 423 et s. ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 240.

³⁶¹ En ce sens, B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 459 ; M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 132.

³⁶² Sur notre position à ce sujet, voir *supra* p. 54 et s.

³⁶³ Nous avons proposé de retenir cette expression pour désigner *le pouvoir* (« la capacité d'un individu à obtenir d'un autre un comportement qu'il n'eut pas spontanément adopté », selon N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 7) à l'œuvre dans l'exercice d'une compétence.

³⁶⁴ Voir par exemple, J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 235-244. Pour le professeur BLANQUER, le contreseing aurait deux « figures » sous la Cinquième République : « l'une, "ordinaire", héritée de la IV^e République qui en fait un moyen explicite de définir les compétences, administrativement plus encore que constitutionnellement ; l'autre, "extraordinaire", en période de cohabitation, qui rappelle en partie la III^e République par le fait qu'il y a inversion des rôles » (p. 238).

ni que cela rende compte du droit en vigueur (**Section 1**). Partant, la distinction très souvent opérée entre « pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés » du président de la République doit être discutée. Une telle démarche oblige à récuser non seulement l'idée que les actes soumis au contreseing sont des actes qui doivent être décidés par le président de la République mais encore que ce sont des actes résultant d'une codécision (**Section 2**).

SECTION 1. LE POUVOIR DE DÉSIGNATION APPARTENANT AU CONTRESIGNATAIRE DANS LES RÉGIMES PARLEMENTAIRES

54. Dans un régime parlementaire, le contreseing signifie que celui qui l'appose, le Premier ministre, endosse la responsabilité de l'acte. [...] Responsabilité implique pouvoir. C'est l'organe responsable qui dispose du pouvoir réel. L'irresponsabilité du Président implique que tous ses pouvoirs soumis à contreseing sont des compétences purement formelles pour lui et des compétences réelles du Premier ministre. Ce principe général d'interprétation ne fait pas l'ombre d'un doute au moment de l'adoption de la Constitution. Ces compétences formelles ne donnent pas au Président le pouvoir de décision ni même un pouvoir de codécision avec le gouvernement, mais seulement la faculté de surveiller la politique gouvernementale pour être en mesure d'intervenir par ses pouvoirs propres en cas de nécessité³⁶⁵.

Cette interprétation, dont le professeur COHENDET affirme qu'elle « ne fait pas l'ombre d'un doute au moment de l'adoption de la Constitution », résulte effectivement d'une approche à la fois historique et comparée de la contresignature telle qu'elle se dégage du droit positif et de la pratique antérieurs à 1958 mais aussi de la doctrine des XIX^e et XX^e siècles. Se croisent ici des arguments systémiques intra et extra-textuels et des arguments génétiques.

En 1958, le contreseing n'était pas pensé comme un mécanisme instaurant une « codécision » entre président de la République et Premier ministre. Cette conception, qui ressort de la doctrine et du droit constitutionnel français antérieurs à 1958 (§1), était celle des rédacteurs de la Constitution de la Cinquième République et fut admise par la doctrine dans les premiers temps du régime (§2).

³⁶⁵ M.-A. COHENDET, « Cohabitation et Constitution », *Pouvoirs*, n°91, 1999, p. 45.

§1. La conception du contreseing dans l'Histoire du parlementarisme français

55. D'abord simple sous-signature consistant à authentifier³⁶⁶ la signature du chef de l'État dans les régimes autoritaires et/ou non parlementaires³⁶⁷, cette fonction d'« ordre juridique formel³⁶⁸ » d'authentification s'est progressivement doublée d'une fonction d'« ordre juridique substantiel³⁶⁹ ». Dans un régime parlementaire, le contreseing visa bientôt à opérer le transfert de la décision du signataire vers un contresignataire responsable³⁷⁰. Ainsi Léon DUGUIT écrivait en 1923, dans une formule ramassée et efficace : « Là où est la responsabilité, là est le pouvoir³⁷¹ ». En effet, « si la responsabilité est la conséquence de l'action, il apparaît tout aussi logique qu'elle en soit la condition³⁷² ».

Avant l'émergence d'une responsabilité politique des ministres devant l'Assemblée, caractéristique du régime parlementaire, le contreseing apparut dans l'Histoire constitutionnelle française comme un moyen de fonder la responsabilité exclusivement pénale des ministres. Par exemple, la Constitution de 1791 prévoit en son article 4 section IV du chapitre II du titre III : « Aucun ordre du roi ne pourra être exécuté, s'il n'est signé par lui et contresigné par le ministre ou l'ordonnateur du département »³⁷³. Mais le lien entre

³⁶⁶ Les faussaires exerçaient déjà sous l'Ancien régime et le (contre)seing ne suffisait pas toujours à certifier l'acte comme en témoignent les documents exposés entre mars et juin 2013 aux Archives nationales à l'occasion de l'exposition « Le pouvoir en actes ». Les causes de la guerre de Cent ans remonteraient ainsi, notamment, à l'usage d'un faux dont se serait servi Robert III d'Artois pour faire valoir ses droits sur le territoire dont avait hérité sa sœur Mahaut. Arch. nat., cote J/439, n°1 : parchemin annullé après sa déclaration de fausseté ; arch. nat., cote J/440/B, n°48 et 48 bis : parchemin sur lequel est inscrit l'arrêt du Parlement du 28 mars 1331 déclarant la fausseté de l'acte après expertise graphologique.

³⁶⁷ Pour une vision synthétique de la question voir B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958. Le Contreseing et le régime politique de la V^e République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1996, p. 23-27. Voir également M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, op. cit., p. 74 et p. 76-78 ; M. TROPER, « La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°34, 2011, p. 306.

Sur les origines de la contresignature depuis l'Antiquité romaine, voir R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, 2 t., thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1997, p. 24 et s.

³⁶⁸ J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 235.

³⁶⁹ *Loc. cit.*

³⁷⁰ En ce sens, B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 (...)*, op. cit., p. 11.

³⁷¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, op. cit., p. 832 ; cf. plus récemment M. PAILLET, « Responsabilité administrative et responsabilité politique », in J.-J. SUEUR (dir.), *Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics*, Actes de la journée d'études organisée par le Centre d'Études et de Recherches sur les Contentieux le 10 décembre 1999, L'Harmattan, 2001, p. 123 : « La responsabilité politique se présente comme la rançon démocratique du pouvoir ».

³⁷² M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, op. cit., p. 27.

³⁷³ Voir aussi, dans le même titre III de cette Constitution, l'article 9 de la section IV du chapitre III : « Les actes

responsabilité politique et contreseing n'était pas pleinement étranger à cette époque. Dès le mois d'août 1789, discutant de la réponse du roi relative notamment à la déclaration des droits, MIRABEAU affirma à l'Assemblée : « La réponse du roi n'est pas contresignée d'un ministre ; elle devrait l'être, car sans cela la loi salutaire de la responsabilité sera toujours éludée³⁷⁴ ». Toutefois, le contreseing comme mécanisme de responsabilité politique ne s'établit vraiment que dans le cadre de régimes parlementaires.

Si la Troisième République est volontiers considérée comme le premier véritable régime parlementaire français, il n'est cependant pas inutile, pour comprendre le sens du contreseing tel qu'il fut pensé en 1958, de le resituer brièvement dans l'Histoire du parlementarisme français, qui fut un parlementarisme de fait avant d'être un parlementarisme en droit. Des mécanismes de responsabilité politique propres au régime parlementaire peuvent être identifiés dès la première Monarchie constitutionnelle : en effet, les députés girondins utilisèrent à des fins politiques, avec plus ou moins de succès, les procédures qui permettaient la mise en cause pénale des ministres³⁷⁵. Mais il semble que ce soit sous les Chartes que le lien entre contreseing ministériel et responsabilité politique ait émergé, jetant alors les bases de la « tradition parlementaire³⁷⁶ » française. Il apparaît que l'évolution de la signification politique du contreseing est allée de pair avec l'évolution de la responsabilité non exclusivement pénale dans les régimes parlementaires. Pour retracer ce mouvement, il est possible de distinguer les « monarchies limitées³⁷⁷ », auxquelles succéda le « parlementarisme orléaniste » (A), qui fit place au « parlementarisme classique³⁷⁸ » (B).

de la correspondance du roi avec le corps législatif seront toujours contresignés par un ministre ». Voir aussi l'article 2 de la première section du chapitre IV : « Il sera fait deux expéditions originales de chaque loi, toutes deux signées du roi, contresignées par le ministre de la justice, et scellées du sceau de l'État ».

³⁷⁴ Séance du 5 octobre 1789, Assemblée nationale, *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, 1840, p. 10. Dans le même sens, voir l'intervention de M. FRÉTEAU, *ibid.*, séance du 28 novembre 1789, Assemblée nationale, *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, 1840, p. 254.

³⁷⁵ Voir N. HAVAS, *La Responsabilité ministérielle en France. Contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres de la Révolution de 1789 à la V^e République*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle », 2012, en particulier titre I de la première partie. L'auteur conclut à une « ébauche de responsabilité politique des ministres » (p. 169).

³⁷⁶ Marcel MORABITO distingue trois « traditions constitutionnelles » entre 1789 et 1848. D'abord, la « tradition révolutionnaire » (1789-1799) qui « se caractérise par une volonté de subordonner l'exécutif ». Ensuite, la « tradition césarienne » qui, au contraire, conduit à « un renforcement de l'exécutif » jusqu'à la « monocratie ». La « tradition parlementaire » enfin qui « impose un régime d'équilibre entre exécutif et législatif » (M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, p. 17).

³⁷⁷ Sur ce concept, voir en particulier S. RIALS, « Essai sur le concept de Monarchie limitée (autour de la charte de 1814) », in *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, DUC-Albatros, 1987, p. 88-125.

³⁷⁸ Nous suivons en cela M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, t. 2 *Le régime politique français*, PUF, coll. « Thémis », 4^e éd., 1959, p. 669-670. Le terme est partagé par d'autres auteurs, tel par exemple Ph. LAUVAUX, *Le Parlementarisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1997, p. 16.

A. Le contreseing sous les Chartes : ébauche d'une fonction politique

56. « À partir de 1814, on peut estimer que la graine est semée. C'est cette période d'apprentissage du régime parlementaire au cours de laquelle le contreseing prend son essor³⁷⁹. » À la manière des « détournements de procédure³⁸⁰ » auxquels ont pu se livrer les parlementaires à l'époque révolutionnaire, la responsabilité pénale des ministres établie dans la Charte de 1814 a été utilisée au-delà ce que prévoyait le texte constitutionnel afin de mettre en jeu leur responsabilité politique³⁸¹. Et si, « dans l'évolution constitutionnelle française, le contreseing apparaît comme un moteur des changements de la notion de responsabilité³⁸² », c'est qu'il est « l'ingrédient qui permet de passer d'une conception pénale à une conception politique de la responsabilité³⁸³ ». La Restauration l'atteste. Car, contrairement aux exemples antérieurs à 1814, le lien entre responsabilité politique des ministres et contreseing apparaît clairement à cette époque (1). La pratique de la Charte de 1830 confirme la consolidation de la fonction politique du contreseing dans le cadre d'un régime dualiste (2).

1. La pratique de la Charte de 1814 et la seconde Restauration

57. La « monarchie limitée » peut être présentée comme un régime dans lequel le roi nomme et révoque librement ses ministres qui ne sont responsables que devant lui³⁸⁴. Face à

Cette chronologie est utilisée à titre indicatif et absolument non normatif. Évidemment, il ne s'agit pas de se prononcer, implicitement et sans autre justification, en faveur de l'idée de cycles constitutionnels. Sur cette question, voir l'incontournable ouvrage de M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Colin, 1932. Voir aussi S. PINON, *Maurice Deslandres et le droit constitutionnel. Un itinéraire*, Éditions Universitaires de Dijon, coll. « Institutions », 2012, 194 p. Pour une approche plus synthétique, voir M. GUILLAUME, « Des cycles constitutionnels et de la VI^e République », *Pouvoirs*, n°65, 1993, p. 111-128 et J. HUMMEL, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus Politicum*, n°7, 2012.

³⁷⁹ R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 39.

³⁸⁰ Tel est le terme retenu par N. HAVAS, *La Responsabilité ministérielle en France (...)*, *op. cit.*, p. 164. Parler d'un « détournement de procédure » lui permet de signifier, qu'à son sens, il existait déjà une distinction nette entre responsabilité politique et responsabilité pénale. La même expression est utilisée aussi notamment par G. GLÉNARD, « Pour une analyse contextualiste du droit constitutionnel (l'exemple de la Constitution de 1791) », *Droits*, 2000, n°32, p. 86, cité par N. HAVAS, *ibid.*, note n°86.

³⁸¹ Ce n'est pas une faute répréhensible en vertu de normes qui leur était imputée mais une faute dans la conduite de l'État, de leur ministère ou dans l'opportunité d'une action.

³⁸² J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 236.

³⁸³ *Loc. cit.*

³⁸⁴ Telle est notamment la définition retenue par M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, t. 2, *op. cit.* p. 669-670. La monarchie limitée peut être définie de façon cependant plus exigeante : M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, p. 181 et s. ; S. RIALS, « Essai sur le concept de Monarchie

cet exécutif, se lève une Assemblée « confinée dans la législation et le vote du budget³⁸⁵ ». Tel semble être le régime établi par la Charte de 1814. Effectivement, au regard du texte constitutionnel, le régime n'était pas encore parlementaire³⁸⁶ : comme dans certaines Constitutions passées, les ministres n'étaient responsables que pénalement devant les Chambres³⁸⁷. Ils ne pouvaient être poursuivis que « pour des actes qualifiés de crimes³⁸⁸ [...] selon une procédure pénale, comprenant notamment une phase d'accusation et une phase de jugement, [pouvant donner] lieu à une peine³⁸⁹ ». Pourtant, à partir de la seconde Restauration³⁹⁰, il fut ponctuellement admis, en pratique, que les ministres ne pouvaient conserver leur ministère sans le soutien de la Chambre des députés.

58. Apparut alors une forme de responsabilité politique du Gouvernement : responsabilité qui « s'exerce à propos d'une divergence politique entre une assemblée et un Gouvernement, selon une procédure politique³⁹¹ », c'est-à-dire exercée par *un organe* politique (les Chambres) et *susceptible*³⁹² d'emporter « une sanction politique » : « la perte du poste » s'imposant à l'organe visé³⁹³. Les écrits de l'époque sur le régime anglais³⁹⁴ avaient pu

limitée », art. cité, p. 88-125.

³⁸⁵ M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, t. 2, *op. cit.*, p. 669.

³⁸⁶ La responsabilité des ministres face au roi n'est pas encore politique puisque, comme beaucoup d'auteurs l'admettent, ceux-ci ne sont pas politiquement autonomes par rapport au monarque. Alain LAQUIÈZE écrit ainsi que « les ministres, pour la plupart conservateurs, se comprennent d'abord comme des serviteurs obéissants et zélés du monarque » (A. LAQUIÈZE, *Les Origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, PUF, coll. « Léviathan », 2002, p. 354). Dans le même sens, N. HAVAS, *La Responsabilité ministérielle en France (...)*, *op. cit.*, p. 277-278.

³⁸⁷ Art. 55 de la Charte de 1814 : « La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la Chambre des pairs qui seule a celui de les juger ».

³⁸⁸ L'article 56 de la Charte énonçait : « Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite ».

³⁸⁹ Nous suivons la définition que fournit M. TROPER (« Responsabilité politique et fonction gouvernementale », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, *op. cit.*, p. 33). L'auteur refuse de distinguer les différentes formes de responsabilité quant à leurs mobiles qui « sont toujours politiques ».

³⁹⁰ En dépit de débats sur cette question, nous admettons que cette seconde restauration débute au retour de Louis XVIII à Paris en juillet 1815.

³⁹¹ M. TROPER, « Responsabilité politique et fonction gouvernementale », art. cité, p. 33.

³⁹² La responsabilité n'a nullement besoin d'être actualisée pour exister. Nous ne pouvons ainsi souscrire à l'idée selon laquelle : « La responsabilité politique a quasiment disparu » en France, selon les mots du professeur ARDANT (« Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres », *RID Comp.*, vol. 54/2, 2002, p. 466).

³⁹³ M. TROPER, « Responsabilité politique et fonction gouvernementale », art. cité, p. 33.

³⁹⁴ Les écrits de certains auteurs de l'époque confirment à quel point le modèle anglais a été d'une grande influence sur la pratique du régime et ses évolutions. Outre les écrits de B. CONSTANT étudiés *infra*, (p. 145 sq.), voir F.-R. DE CHATEAUBRIAND, *De la monarchie selon la Charte*, imprimerie de Le Normant, 1816 notam. chap. XXIV et XXV. Le vicomte affirme nettement que « le ministre doit sortir de la majorité de la Chambre des députés » (chapitre XXIV, p. 4). Voir également Baron DE VITROLLES, *Du ministère dans le gouvernement représentatif*, 84 p. : l'auteur décrit le fonctionnement de la monarchie anglaise et achève son ouvrage sur la démonstration de la possibilité d'instaurer un tel « gouvernement représentatif » en France. En

enseigner les avantages d'une telle responsabilité dans l'érection d'un Gouvernement équilibré³⁹⁵. Mais elle n'était pas juridiquement organisée ; elle prit alors appui sur la procédure de responsabilité pénale existante. Afin de marquer radicalement³⁹⁶ leur défiance politique à l'égard d'un ministre, les députés utilisèrent le seul mécanisme juridique dont ils disposaient : la mise en accusation. Furent ainsi contraints à la démission le duc de RICHELIEU en 1818³⁹⁷ et en 1821³⁹⁸, DECAZES en 1820 ou encore VILLÈLE en 1829³⁹⁹. Bien que l'accusation des ministres demeurât la règle, elle servit donc une première forme de responsabilité politique. Cette ébauche de responsabilité, premier signe du parlementarisme, aussi minimum et négatif fût-il, doit beaucoup au modèle anglais tel qu'il était perçu par les observateurs français : l'affaire Élie DECAZES en témoigne⁴⁰⁰. Elle présente d'ailleurs un intérêt tout particulier puisqu'elle fait clairement le lien entre responsabilité et nomination.

59. Dans son *Projet de la proposition d'Accusation contre M. le Duc Decazes*⁴⁰¹, le député Jean-Claude CLAUSEL DE COUSSERGUES exposa les vingt chefs d'accusation retenus à

particulier, il propose des moyens d'assurer « que la Chambre exerce une influence utile sur sa formation [*celle du Gouvernement*] et que les ministres puissent à leur tour trouver dans cette majorité un appui continu » (p. 69). L'adjectif continu est à entendre au sens le plus fort. Cet ouvrage a été publié en ligne par la revue *Jus Politicum* dans le cadre du projet de recherche ANR-09-BLAN-0359 (disponible en ligne : <http://www.juspoliticum.com/Baron-de-Vitrolles-Du-ministere.html>).

³⁹⁵ Sur le modèle anglais, voir D. BARANGER, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, PUF, coll. « Léviathan », 1999, 408 p. ; voir également, Ph. LAUVAUX, *Le Parlementarisme*, *op. cit.*, p. 5-14.

³⁹⁶ La mise en accusation est effectivement la procédure la plus extrême. Les ministres purent être mis en cause par d'autres « moyens de contrôle » : l'adresse, les pétitions et la discussion du budget et de la loi de comptes (M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, p. 199 et s).

³⁹⁷ « Le ministère Richelieu se retire en décembre 1818 après le rejet par la Chambre basse d'un projet de loi électorale. Mais ses divisions internes le rendaient difficilement viable. De plus, le roi prétexte de l'état de santé du duc de Richelieu pour justifier sa démission », écrit le professeur MORABITO (souligné par l'auteur. *Ibid.*, p. 201).

³⁹⁸ Marcel MORABITO estime qu'il fallut « attendre la chute du *second* ministère Richelieu en 1821 pour voir réellement s'affirmer la responsabilité politique, non sans difficulté » (Souligné dans le texte. *Ibid.*, p. 201-202). À notre sens, l'affaire DECAZES, de 1820, constitue déjà un exemple de responsabilité politique.

³⁹⁹ Ces exemples sont également cités in P. BODINEAU et M. VERPEAUX, *Histoire constitutionnelle de la France*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, p. 50 et s.

Sur la fin du ministère VILLÈLE, on pourra lire avec un double intérêt littéraire et historique, les poèmes satyriques publiés par MÉRY et BARTHÉLÉMY sous le titre évocateur : *Étrennes à M. de Villèle, ou Nos adieux aux ministres*, A. Dupont et Cie., 1828, 32 p. Voir aussi B. YVERT, *La Restauration. Les idées et les hommes*, CNRS, 2013, p. 79-93.

⁴⁰⁰ Sur l'affaire DECAZES, voir N. HAVAS, *La Responsabilité ministérielle en France (...)*, *op. cit.*, p. 296-297 ; Voir aussi le portrait proposé in B. YVERT (dir.), *Dictionnaire des ministres (1789-1989)*, Librairie académique Perrin, 1990, entrée « Decaze », p. 122 et s. ; du même auteur, *La Restauration. Les idées et les hommes*, *op. cit.*, en particulier p. 67-79. Voir aussi J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Dalloz, coll. « Classic », 2009, p. 185-186.

⁴⁰¹ J.-C. CLAUSEL DE COUSSERGUES, *Projet de la proposition d'Accusation contre M. le Duc Decazes, Pair de France, ancien président du Conseil des ministres, ancien ministre de l'intérieur et de la police générale du royaume, à soumettre à la Chambre de 1820*, Dentu, 1820, 388 p. Le député avait présenté certains de ses

l'encontre de DECAZES. Le treizième chef d'accusation portait sur la nomination de soixante pairs. En effet, le Gouvernement conduit par le duc ne jouissait de la majorité dans aucune des deux Chambres, lesquelles avaient exprimé au roi leur opposition. Ce dernier, sur les conseils du duc, décida, en représailles, la nomination de soixante nouveaux pairs puisque, comme l'indiquait la Charte, leur nombre était illimité⁴⁰². Ces nominations permirent de « briser » la majorité qui, à la Pairie, était hostile au duc. Selon ses accusateurs, le duc se servit de ces nominations à « ses propres fins⁴⁰³ ». Afin d'étayer son argumentaire, et pour prouver qu'un tel agissement justifiait la mise en cause de la responsabilité de DECAZES, CLAUSEL DE COUSSERGUES s'appuie sur ce qu'il appelle le précédent anglais. Il écrit au sujet du procès du comte d'ORFORD, plus connu sous le nom de Robert WALPOLE⁴⁰⁴, et de ses ministres :

Une nomination de pairs, nombreuse et simultanée, fut un des griefs qui, la première année du règne de Georges I^{er}, firent condamner les ministres de la Reine Anne. La Reine, par cette nomination, n'avait fait qu'user de sa prérogative ; les ministres qui avaient contresigné cet acte de son Gouvernement paraissaient n'avoir blessé aucune loi. Mais voici où la Chambre des communes trouva leur culpabilité : elle prétendit que ce n'était pas pour l'utilité de l'État que les ministres avaient fait ces nominations, mais pour leur intérêt particulier⁴⁰⁵.

L'auteur établit un parallèle entre ces deux espèces et souligne que, par ses conseils et pour son propre intérêt politique, le duc DECAZES a « obtenu cette ordonnance du monarque⁴⁰⁶ ». Au final, son réquisitoire n'aboutit pas à la condamnation de DECAZES mais à sa démission. Cette affaire présente donc un triple intérêt. *Primo*, elle permet de constater que le caractère pénal de la procédure d'accusation peine à masquer le caractère politique du motif invoqué et de sa conséquence. *Secundo*, l'argumentaire de l'accusateur indique clairement que les actes contresignés n'étaient pas imputés au roi mais bien au ministre. *Tertio*, le cas DECAZES montre que le lien entre responsabilité et pouvoir de décision opérait déjà en matière de nomination : celles-ci ne bénéficiaient nullement de quelque régime dérogatoire.

arguments devant la Chambre ; le 20 février DECAZES et ses ministres démissionnèrent. Le réquisitoire du député intervient donc *a posteriori* mais constitue la synthèse de ses griefs.

⁴⁰² Art. 27 de la Charte de 1814.

⁴⁰³ J.-C. CLAUSEL DE COUSSERGUES, *Projet de la proposition d'Accusation (...)*, *op. cit.*, p. 79-80

⁴⁰⁴ CLAUSEL DE COUSSERGUES écrit « OXFORD ». D'après nos recherches, il étudie la mise en accusation du comte d'ORFORD. Voir aussi le récit et l'analyse de cet événement in Baron DE VITROLLES, *Du ministère dans le gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 50 et s.

⁴⁰⁵ J.-C. CLAUSEL DE COUSSERGUES, *Projet de la proposition d'Accusation (...)*, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 78.

60. Si le contreseing n'était pas mentionné dans la Charte de 1814, il « fut pratiqué de façon permanente⁴⁰⁷ ». Sa fonction était principalement juridique (ou d'« ordre juridique formel⁴⁰⁸ ») : la contresignature des actes royaux par les ministres était, avant tout, un acte d'authentification permettant la « mise en exécution » de l'acte. Mais progressivement, cette seconde signature prit la dimension politique (ou fonction d'« ordre juridique substantiel⁴⁰⁹ ») que la responsabilité des ministres acquit plus tard : les parlementaires ne pouvant critiquer le roi en vinrent à blâmer les ministres contresignataires. Autrement dit, le contreseing fut bel et bien pratiqué comme un mécanisme politique, puisqu'il permettait un contrôle par les Chambres (en particulier celles des députés) de l'opportunité des actions des ministres⁴¹⁰. Ceci est lié à la conception parlementaire qui s'installe alors : celle de « la nécessité de gouverner avec les assemblées⁴¹¹ ». Bien entendu, au premier chef, le mécanisme est juridique. Mais il a pu, dès la seconde Restauration, fonder des critiques politiques à l'endroit de certains ministres. L'exemple DECAZES l'atteste⁴¹², l'affaire POLIGNAC le confirme.

POLIGNAC fut appelé en 1829 à former un Gouvernement « ultra⁴¹³ » qui trouva rapidement l'opposition de la Chambre des députés et donna lieu à « l'adresse des 221 ». Quant à cette seconde affaire, on lit dans le journal des débats politiques de décembre 1830, à propos de la Charte de 1814 :

Le roi est inviolable et sacré. Il ne peut mal faire. Son nom doit rester en dehors et au-dessus de tous les débats auxquels donneront lieu la législation ou l'administration du pays ; il n'est pas permis de l'y faire descendre. Les ministres sont responsables ; c'est à eux, et à eux seuls, à répondre des actes qu'ils auront conseillés et auxquels ils auront, par leur contreseing, donné la force exécutoire. C'est ainsi que notre Gouvernement représentatif fut fondé, c'est ainsi que la

⁴⁰⁷ S. RIALS, « Essai sur le concept de Monarchie limitée », art. préc., p. 41. Dans le même sens, M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 1930, 2^e éd., p. 98.

⁴⁰⁸ J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 235.

⁴⁰⁹ *Loc. cit.*

⁴¹⁰ *Contra* N. HAVAS, *La Responsabilité ministérielle en France (...)*, *op. cit.*, p. 283 : « Le contreseing ministériel certifie la légalité de l'acte, c'est-à-dire qu'il permet d'établir que l'acte a été régulièrement pris par le monarque, mais les ministres ne peuvent en aucun cas s'opposer à la volonté royale en refusant le contreseing ». L'auteur admet pourtant « la finalité politique de la mise en accusation » (p. 296).

⁴¹¹ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, p. 193.

⁴¹² Dans le même sens, P. DESMOTTES, *De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1968, p. 108 : « C'est le procès d'une politique que [Clusel DE COUSSERGUES] voulait faire et non un jugement qu'il comptait obtenir ».

⁴¹³ Tel est le terme consacré pour viser ce mouvement de l'époque. Marcel MORABITO le définit ainsi : « Attachés à une monarchie patriarcale de droit divin, ces royalistes rejettent en bloc les idées politiques des Lumières pour adhérer aux thèmes de la littérature contre-révolutionnaire » (M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, *op. cit.*, p. 197).

Charte réгла, c'est ainsi qu'il a été constamment compris et interprété pendant quinze années par les écrivains de tous les partis, par les orateurs de toutes les opinions⁴¹⁴.

Selon l'orateur, le vicomte MARTIGNAC, les ministres contresignataires devaient donc répondre de leurs actes, c'est-à-dire des actes royaux qu'ils contresignaient. Mais ils n'étaient encore que les « instruments » du roi : celui-ci avait le pouvoir, ceux-là en assumaient les conséquences.

Les deux principes posés par l'article 13⁴¹⁵ se lient et s'enchaînent ; ils ne peuvent pas être séparés l'un de l'autre. La personne du Roi demeure inviolable et sacrée, parce que celle des ministres est livrée à la responsabilité réelle, qui est une des nécessités premières de la forme du gouvernement établi ; les ministres sont responsables parce que celui à qui appartient le pouvoir, dont ils ne sont que les instrumens [*sic*] doit rester placé au-dessus de tout reproche et de toute attaque⁴¹⁶.

La Charte de 1814 permet donc une responsabilité sans pouvoir décisionnel réel puisque, comme l'indique MARTIGNAC, « celui à qui appartient le pouvoir [...] doit rester placé au-dessus de tout reproche »⁴¹⁷. Les ministres sont responsables des mauvais conseils qu'ils prodiguent au monarque irresponsable et ils doivent répondre du contreseing qu'ils apposent. L'affaire POLIGNAC posa la question centrale de la responsabilité ministérielle et fut une des causes de la Révolution de juillet 1830⁴¹⁸ : Charles X préféra dissoudre l'Assemblée par deux fois, plutôt que de faire sienne la règle selon laquelle le Gouvernement devait correspondre à la majorité représentée à la Chambre⁴¹⁹. Mais « la tentative de Charles X de remettre en cause ce mouvement [...] n'empêcha pas que les bases du régime parlementaire

⁴¹⁴ *Journal des débats politiques et littéraires*, 20 décembre 1830, séance du 18 décembre 1830, Cour des pairs, p. 1. Pour une histoire de ce procès par ses contemporains, voir par exemple E. DAUDET, in *Revue des deux mondes*, t. 21, 47^e année, 3^e période, 1877, p. 75-106. Pour une mise en contexte historique, voir aussi B. YVERT, *La Restauration. Les idées et les hommes*, op. cit., p. 95 et s.

⁴¹⁵ L'art. 13 de la Charte de 1814 énonçait que : « La personne du Roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables ».

⁴¹⁶ *Journal des débats politiques et littéraires*, 20 décembre 1830, séance du 18 décembre 1830, Cour des pairs, p. 1.

⁴¹⁷ D'aucuns, à cette époque, notaient déjà le danger et « l'injustice » qui pouvait en résulter. Mais, pour CHATEAUBRIAND par exemple, les ministres ont bien un pouvoir – de conseil, d'influence, de proposition – et peuvent ainsi tromper le roi qui, évidemment, ne saurait mal faire (F.-R. DE CHATEAUBRIAND, *De la Monarchie selon la Charte*, Le Normant, 1816, p. 9-11).

⁴¹⁸ Un ensemble de documents de l'époque, sur le thème « 1830, de la crise ministérielle à la révolution », est réuni en ligne sur le site de l'Encyclopédie de droit politique.

⁴¹⁹ Voir O. TORT, « La dissolution de la Chambre des députés sous la Restauration : le difficile apprivoisement d'une pratique institutionnelle ambiguë », *Revue Historique*, t. 302, fasc. 2 (614), 2000, p. 339-365.

soient jetées en France⁴²⁰ ». Les Trois Glorieuses conduisirent à l'instauration du « parlementarisme orléaniste ».

2. La pratique de la Charte de 1830

61. Le régime parlementaire orléaniste instauré par la Charte de 1830 peut être défini comme celui qui cumule l'existence de compétences réelles au profit du chef d'État et une double responsabilité des ministres : devant l'une au moins des Chambres du Parlement et devant le monarque⁴²¹. Mais, comme sous la période précédente, seule existait, en droit, une responsabilité pénale des ministres dont les tentatives d'utilisation à des fins politiques ne sont jamais parvenues à s'installer pleinement.

La responsabilité gouvernementale devant les Chambres [...] franchit un seuil sous la Monarchie de Juillet, en ce sens qu'un vote négatif des députés est désormais susceptible de provoquer la démission du ministère. Pour autant, cette responsabilité ne s'impose pas encore à cette époque car les assemblées demeurent dépourvues du pouvoir de révoquer directement les conseillers du roi⁴²².

Si la doctrine de l'époque demeurait divisée quant à la question de la possibilité d'une réelle mise en cause politique des ministres, il semble que les avertissements de Benjamin CONSTANT l'aient emporté : « Il ne faut jamais contester [au roi] le droit de choisir [les ministres]. Il ne faut pas que les assemblées s'arrogent le droit d'exclure, droit qui, exercé obstinément, implique à la fin celui de nommer⁴²³ ». Certes, le texte de 1830 n'organisait pas davantage que celui de 1814 la contresignature ministérielle des actes signés par le roi. Mais, une fois de plus, pratique de la responsabilité et portée du contreseing évoluèrent de concert. Les archives parlementaires de la monarchie de Juillet et le discours parlementaire de l'époque confirment la double portée – politique et juridique – qu'il revêtait. Tel député affirme qu'il ne reconnaît « la responsabilité qu'au contreseing ministériel⁴²⁴ » et tel autre

⁴²⁰ R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, op. cit., p. 44.

⁴²¹ M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 669. Cf. M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, op. cit., p. 214 et s.

⁴²² N. HAVAS, *La Responsabilité ministérielle en France (...)*, op. cit., p. 341.

⁴²³ B. CONSTANT, *De la responsabilité des ministres*, H. Nicolle, 1815, p. 42.

⁴²⁴ Député MARCHAL, Chambre des députés, séance du 7 février 1832, *Archives parlementaires. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860*, série 2, t. 75, P. Dupont, 1862, p. 42.

encore que « la responsabilité ministérielle ne serait qu'un odieux mensonge, si le contreseing d'un ministre n'était pas la preuve de son assentiment à la mesure contresignée⁴²⁵ ». Bien d'autres exemples⁴²⁶ illustrent ce glissement d'un contreseing-formel vers un contreseing-substantiel⁴²⁷. Progressivement, la doctrine et les parlementaires admirent que les ministres pouvaient refuser de contresigner un acte et, ce faisant, s'opposer au roi. C'est ce qui permit à Maurice HAURIOU d'affirmer au sujet du régime orléaniste qu'il « va entrer, bien plus que le Gouvernement de la Restauration, dans la véritable voie constitutionnelle et parlementaire⁴²⁸ », et le doyen d'ajouter que « le régime parlementaire est conservé et *ne fait que se développer*⁴²⁹ ».

62. Mais le contreseing s'inscrivait alors dans un parlementarisme dualiste, c'est-à-dire un régime dans lequel les ministres et le Gouvernement peuvent être révoqués à la fois par le Parlement et par le chef de l'État⁴³⁰ en raison de « l'affrontement de deux légitimités : la légitimité monarchique sur le déclin, et la légitimité démocratique fondée sur un droit de suffrage dont la généralisation est le thème dominant de la vie politique⁴³¹ ». « La responsabilité politique que sous-tendait le contreseing était à la fois une responsabilité devant le législatif et devant le Roi⁴³² ». Or, cette double responsabilité contribuait à atténuer le pouvoir décisionnel revenant aux ministres à raison du contreseing. Puisque demeurait une responsabilité ministérielle devant le monarque, la contresignature des actes royaux ne dessaisissait pas pleinement le roi de son pouvoir de décision : le contreseing ne pouvait pas encore véritablement opérer comme un instrument de pouvoir politique aux mains des ministres. En effet, il se conçoit aisément que la menace permanente d'une révocation par le

⁴²⁵ Député HENNEQUIN, Chambre des députés, séance du 17 mars 1832, *Archives parlementaires (...)*, série 2, t. 93, P. Dupont, 1862, p. 243. Sur cette période du 27 février 1835 au 30 mars 1835, voir aussi p. 236, 253-254, p. 369, p. 479 et p. 667.

⁴²⁶ Par exemple, *Archives parlementaires (...)*, série 2, t. 49, spéc. séance du 19 janvier 1827, p. 196 ; *Archives parlementaires (...)*, série 2, t. 55, en particulier séance du 1^{er} juillet 1828, p. 490 ; *Archives parlementaires (...)*, série 2, t. 101, spéc. séance du 12 avril 1836, p. 632-644 ; *Archives parlementaires (...)*, série 2, t. 102, notam. séance du 14 avril 1836, p. 25 ; *Archives parlementaires (...)*, série 2, t. 125, voir Chambre des députés, séance du 3 juin 1839, p. 293 et p. 310 ou encore Chambre des pairs, séance du 8 juin 1839, p. 464 et également p. 467-473.

⁴²⁷ Nous reprenons la distinction déjà citée du professeur BLANQUER in « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 235.

⁴²⁸ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 99.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 100 (nous soulignons).

⁴³⁰ Cf. M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, op. cit., 2013, p. 157.

⁴³¹ A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., entrée « Dualisme ».

⁴³² B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 (...)*, op. cit., p. 32.

roi obligeait les ministres à la prudence ; le ministre qui refusait son contreseing devait alors se démettre⁴³³.

Dissocié de la responsabilité à l'avènement de la Constitution de 1848⁴³⁴ puis dévoyé par l'Empire – cette « juxtaposition de principes contradictoires [...] mêlant en sons discordants le grand air jacobin, le grand air plébiscitaire, avec, en sourdine discrète, l'air parlementaire⁴³⁵ » –, le contreseing acquit sa pleine portée substantielle et connut véritablement son avènement comme « mécanisme essentiel du régime parlementaire⁴³⁶ » à partir de l'époque du « parlementarisme classique ». Là, la responsabilité paraît inextricablement liée au pouvoir.

B. Le contreseing dans le parlementarisme classique des Troisième et Quatrième Républiques : consolidation d'une fonction politique

63. Le régime parlementaire « classique » est le régime politique dans lequel le chef de l'État « est réduit à un rôle d'apparat et de symbole national. Tous les pouvoirs gouvernementaux sont exercés par les ministres qui doivent avoir la confiance du Parlement seul⁴³⁷ ». Le régime cesse d'être dualiste⁴³⁸ et la responsabilité ministérielle n'opère que devant les députés⁴³⁹. L'absence de révocabilité des ministres par le chef de l'État est essentielle pour comprendre l'importance du contreseing comme mécanisme politique dans le cadre du parlementarisme classique.

⁴³³ Voir en ce sens E. V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, 3^e éd., Videcoq Père et Fils, 1843, 808 p. Au sujet de la responsabilité des ministres et de l'irresponsabilité du roi sous la Monarchie de Juillet qu'il observe, le doyen écrit : « Ce n'est point là, comme on l'a dit, une fiction de droit, par suite de laquelle l'innocent paierait pour le coupable, car le ministre est toujours libre de refuser sa signature et de se retirer : toutes les fois qu'il contresigne un acte du pouvoir royal, il se le rend propre, et se soumet à toutes les conséquences qui peuvent en résulter ; ce qui est parfaitement juste, puisqu'il suffisait qu'il refusât son concours pour en paralyser l'effet » (p. 94).

⁴³⁴ Le professeur BLANQUER estime que « le temps a tout simplement manqué pour qu'une telle responsabilité se développe à partir du contreseing » (J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 237).

⁴³⁵ J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Dalloz, coll. « Classic », 9^e éd., 2009, p. 242.

⁴³⁶ B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 (...)*, op. cit., p. 11.

⁴³⁷ M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 669.

⁴³⁸ Comme dans les lignes qui précèdent, ce terme désigne le fait que le Gouvernement est révocable par le Parlement et par le chef de l'État.

⁴³⁹ Encore que la Constitution énonçait : « Les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres », loi du 25 février 1875, art. 6 (nous soulignons).

Le contreseing était présenté par la doctrine de la Troisième République comme l'une des causes de l'effacement du président de la République (1). Certains critiquèrent ce recul des pouvoirs présidentiels. Mais les assemblées constituantes de 1946, après l'expérience vichyste, entendirent retrouver la voie de la Troisième République : il s'agissait de « constitutionnaliser le transfert des compétences du président de la République au président du Conseil qui s'était opéré sous la Troisième République⁴⁴⁰ » (2).

1. Le contreseing comme mode de transfert du pouvoir décisionnel sous la Troisième République

64. La Troisième République marque l'avènement, en France, d'un parlementarisme moniste où la fonction substantielle du contreseing s'épanouit pleinement. L'acte permet un transfert de responsabilité et ôte au président de la République le pouvoir décisionnel. Bien que les débuts de la Troisième République fussent encore marqués par une tendance dualiste pratiquée par MAC MAHON et à laquelle consentirent les présidents du Conseil⁴⁴¹, l'issue de la crise du 16 mai 1877 mit un terme à cette conception dualiste du parlementarisme⁴⁴². Ainsi MAC MAHON dut-il s'incliner ; dans son message du 14 décembre 1877, il affirma :

La Constitution de 1875 a fondé une République parlementaire en établissant mon irresponsabilité, tandis qu'elle a institué la responsabilité solidaire et individuelle des ministres. L'indépendance des ministres est la condition de leur responsabilité⁴⁴³.

Le contreseing ministériel s'inscrivit alors dans un parlementarisme qui, conformément aux lois constitutionnelles, devint moniste. Les ministres, soutenus par leur majorité, n'avaient à rendre de comptes qu'aux Chambres et pouvaient donc exercer pleinement les compétences qu'ils tenaient de la contresignature des actes présidentiels.

⁴⁴⁰ J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 208.

⁴⁴¹ Jules SIMON consentit à démissionner à la demande du maréchal, lors de la crise de 1877. Encore faut-il noter que MAC MAHON justifia sa demande en invoquant le fait que SIMON n'avait plus la confiance des Chambres (message aux Chambres du 18 mai 1877).

⁴⁴² Pour une bonne compréhension des quelques semaines qui précédèrent la crise, voir L. GAMBETTA, *Discours et plaidoyers politiques, t. VII. 5^e partie (16 mai 1877-14 décembre 1877)*, G. Charpentier Éditeur, 1882, 438 p. Le lecteur pourra aussi trouver bien des documents contemporains de l'époque sur le site de l'Encyclopédie de droit politique rassemblés sur le thème « 1877-1879, la crise du 16 mai et la Constitution Grévy ». Voir aussi SÉMINAIRE DE DROIT POLITIQUE, ANR de Droit politique, *Agir politique et pensée juridique : l'exemple de la crise du 16 mai 1877* [2 podcasts], 8 juin 2011, respectivement 78 min et 60 min. Voir aussi nos développements *supra* p. 14 sq.

⁴⁴³ Maréchal de MAC MAHON, président de la République, *JORF* du 15 décembre 1877, n°343, p. 8384.

65. Les écrits doctrinaux contemporains des Quatrième et Cinquième Républiques relaient une telle conception de l'effet de la contresignature sur l'effacement du pouvoir de décision du président de la République, signataire, au profit de celui des ministres, contresignataires. Dans sa thèse consacrée au pouvoir réglementaire des ministres, Céline WIENER affirme en ce sens que :

Sous la Troisième République, on pouvait considérer que les décrets étaient l'œuvre exclusive des ministres : la signature du président de la République, juridiquement nécessaire, était en fait une simple formalité ; le président de la République ne disposait pas de services administratifs lui permettant d'exercer un contrôle sur l'activité des ministres ; de plus, son irresponsabilité politique lui ôtait tout pouvoir effectif, pour ne lui laisser qu'un pouvoir nominal. Sa signature apparaissait dès lors comme un enregistrement des décisions ministérielles⁴⁴⁴.

Le doyen VEDEL, remarquant l'importance des compétences dévolues au président de la République par les lois constitutionnelles de 1875, insistait également sur l'importance de la responsabilité :

Dans tous ces textes, il faut comprendre là où il y a « le président de la République », « les ministres » [...] car le président de la République étant irresponsable, il faut bien que quelqu'un prenne la responsabilité de l'acte. Donc, toutes les attributions du Président sont en fait exercées par les ministres⁴⁴⁵.

Cette conception de la contresignature⁴⁴⁶ est aussi largement partagée par les auteurs de l'époque qui en tirent toutes les conséquences, fût-ce pour la louer ou pour la blâmer. C'est ce qui ressort d'une analyse de la doctrine constitutionnelle de la Troisième République :

L'irresponsabilité [du président de la République] le conduit alors à s'effacer ; ce seront donc les ministres qui disposeront du pouvoir réel, car le chef de l'État ne peut « juridiquement rien faire sans le concours d'un de ses ministres ». [...] Le contreseing apparaît alors pour la doctrine comme un moyen pour les ministres d'imposer leur volonté au président, voire le désarmer, et

⁴⁴⁴ C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1970, p. 35.

⁴⁴⁵ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 90.

⁴⁴⁶ Bien d'autres auteurs contemporains des Quatrième et Cinquième Républiques affirmant le changement de sens du contreseing pourraient être cités. Voir par exemple, R. DRAGO, « Le Chef des Armées de la IIème à la Vème République », *Rev. Adm.*, n°292, 1996, p. 378.

non comme un moyen mis à la disposition des ministres pour contrôler l'action du président et donc le limiter. La doctrine adopte ainsi un discours parlementaire classique⁴⁴⁷.

Il ressort d'une telle analyse que le pouvoir de décision appartient au contresignataire. Pour reprendre les termes de MONTESQUIEU, la contresignature se présente alors comme une « faculté de statuer » et non comme une simple « faculté d'empêcher »⁴⁴⁸. Il s'agit de « désarmer » le président de la République et non pas seulement de le « contrôler ». « C'est la Constitution elle-même qui, par l'existence du contreseing des ministres combinée avec le principe de leur responsabilité, a frappé de stérilité certains des pouvoirs qu'elle conférait au Président⁴⁴⁹ », estime pour sa part CARRÉ DE MALBERG. Telle est aussi la conception partagée par Léon DUGUIT qui écrit :

On ne veut point, on ne peut point faire disparaître la responsabilité politique des ministres, et l'on veut, en même temps, donner la décision au président de la République que l'on veut cependant irresponsable. C'est purement contradictoire et irréalisable⁴⁵⁰.

C'est bien la raison pour laquelle le contreseing, appliqué aux nominations, n'est pas autrement interprété que comme un acte conférant aux ministres le pouvoir de désignation. Henry BERTHÉLEMY énonce lui aussi très clairement cette conception lorsqu'il note que la compétence de nomination du président de la République connaît plusieurs tempéraments ; l'un d'entre eux réside dans « la règle générale du parlementarisme [selon laquelle] les

⁴⁴⁷ C. HAUUY, « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la III^e République », *RFDC*, n°93, 2013, p. 74. Pour étayer son étude, il cite en particulier P. COUZINET, « La dissolution des assemblées et la démocratie », *RDP*, 1933, p. 495 ; R. BOMPARD, *Le Veto du président de la République et la sanction royale*, A. Rousseau, 1906, p. 259 ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 1923, 1^e éd., p. 468 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie du Recueil Sirey, 1903, 3^e éd., p. 594 ; Ch. LEFEBVRE, *Études sur les lois constitutionnelles de 1875*, Librairie A. Mareseq, 1882, p. 67 ; F. MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, L. Larose, 1892, 1^e éd., p. 349 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1923, *op. cit.*, p. 660 ; H. NÉZARD, *Éléments de droit public*, Librairie du Recueil Sirey, 1946, 7^e éd., p. 213 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984, p. 186 ; H. LEYRET, *Le Président de la République – son rôle, ses droits, ses devoirs*, A. Colin, 1913, p. 111. D'autres noms et/ou d'autres ouvrages pourraient être ajoutés à cette énumération. Par exemple, A. ESMEIN *Éléments de droit constitutionnel*, L. Larose, 1896, p. 620 : « De quels actes les ministres sont-ils politiquement responsables ? On peut dire d'abord [...] qu'ils répondent de tous leurs actes personnels, de tous ceux qu'ils ont décidés et accomplis en leur qualité de ministres et de tous les actes du président de la République. [L'article 3 de la loi du 25 février 1875] s'applique à tous les actes juridiques accomplis par le Président. Cela comprend d'abord tous les décrets, même ceux qui supposent en apparence un pouvoir personnel et discrétionnaire, comme les lettres de grâce et même ceux par lesquels il nomme de nouveaux ministres ».

⁴⁴⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 132 : « J'appelle *faculté de statuer* le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui était ordonné par un autre. J'appelle *faculté d'empêcher* le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre ». Souligné par l'auteur.

⁴⁴⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁵⁰ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Panthéon-Assas, 1923, rééd. 2007, p. 206.

ministres qui contresignent les actes de nomination sont responsables des choix qu'ils font ; c'est le Président qui signe mais, en fait ce sont eux qui nomment⁴⁵¹ ». Les ministres peuvent alors pleinement faire usage du pouvoir décisionnel que leur confère la contresignature : non seulement une faculté d'empêcher mais, plus encore, une faculté de statuer.

66. Si la plupart des auteurs de l'époque admettent que le ministre peut refuser de contresigner, certains considèrent déjà cependant que le président de la République « co-décide⁴⁵² ». L'évolution de la pensée de Maurice HAURIOU sur cette question est éclairante. En 1893, il écrit au sujet des ministres, dans la veine du parlementarisme le plus classique et avec la majorité de ses contemporains :

Au point de vue politique, ce sont les maires du Palais, c'est-à-dire que, adjoints au chef de l'État, et théoriquement subordonnés, en fait ils ont le pouvoir effectif. Le pouvoir effectif des ministres, combiné avec leur responsabilité devant le Parlement et avec l'irresponsabilité du chef de l'État, constitue le régime parlementaire⁴⁵³.

Il ajoute plus loin, dans le même sens, que :

En effet, le chef de l'État, en qui est incarnée la majesté du pouvoir exécutif en lui-même, est inattaquable. Mais les ministres, en qui réside le pouvoir effectif, sont sous la dépendance du Parlement. Or, la responsabilité des ministres est engagée pour le moindre acte du pouvoir exécutif, grâce à la règle qui veut que chacun des actes du président de la République soit contresigné par un ministre⁴⁵⁴.

Pourtant, en 1930, il précise sa pensée et relève que, par sa signature, le président de la République conserve une part de son pouvoir d'action. Mais contrairement à la lecture que propose Cédric HAUY de ces pages, Maurice HAURIOU n'affirme pas sans nuance que le président de la République « co-décide ». En effet, le doyen de Toulouse admet que le président de la République peut effectivement refuser de signer l'acte préparé par le ministre, mais d'ajouter immédiatement que « sans doute, politiquement, ce refus ne serait pas toujours possible ni habile, mais en fait quelquefois, en interposant un délai, il fait renoncer à des mesures inopportunes⁴⁵⁵ ». Maurice HAURIOU reconnaît bien au président de la République

⁴⁵¹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau éditeur, 1^{er} éd., 1901, p. 65.

⁴⁵² Voir en ce sens, par exemple, P. LAFFITE, « La vraie Constitution de 1875 », *RDP*, 1895, p. 92 et s.

⁴⁵³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, L. Larose & Forcel, 2^e éd., 1893, p. 280.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 281.

⁴⁵⁵ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1930, p. 135.

une certaine faculté d'empêcher par l'influence qu'il peut exercer. Mais, par ses propos, il souligne en même temps que le président de la République n'a déjà plus la faculté de statuer, laquelle appartient au ministre.

67. Malgré certaines exceptions notables qui n'entament pas le principe⁴⁵⁶, les présidents de la Troisième République dirent leur désœuvrement, que POINCARÉ exprima au mieux : « La Constitution a fait du président de la République un surveillant, un conseiller, lui a enlevé tous les droits d'action personnelle et de responsabilité et a remis aux ministres responsables l'entière réalité du pouvoir⁴⁵⁷ ».

Ainsi, en dépit de voix dissidentes dans les écrits doctrinaux de l'époque, le « discours parlementaire classique » paraît prédominant et sera ensuite accentué et relayé sous la Quatrième République comme l'attestent des manuels de droit public, des thèses et la pratique politique postérieurs à 1946.

2. La confirmation du contreseing comme mode de transfert du pouvoir décisionnel sous la Quatrième République

68. Les deux assemblées constituantes de 1946 furent l'occasion d'âpres débats relatifs aux compétences présidentielles⁴⁵⁸. Cependant, concernant le contreseing, la cause était entendue : les actes du président de la République devaient tous être contresignés⁴⁵⁹ et cette contresignature engageait la responsabilité de celui qui l'apposait. Le contreseing permettait de rompre radicalement avec le régime vichyste en soustrayant la décision politique au chef de l'État dont les années de collaboration avaient montré les dangers. Le contreseing retrouvait la portée qu'il avait acquise sous la Troisième République et que le Gouvernement provisoire de la République française avait tenté de maintenir⁴⁶⁰. Rares furent les

⁴⁵⁶ Sur les différentes attitudes des présidents de la Troisième République, voir les sources citées *supra*, p. 15 et s.

⁴⁵⁷ R. POINCARÉ, « Chronique », *Revue des deux mondes*, t. 56, 1920, p. 471.

⁴⁵⁸ J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, *op. cit.*, particulièrement p. 455 et s.

⁴⁵⁹ Art. 38 de la Constitution de la Quatrième République.

⁴⁶⁰ Cependant, comme l'indique R. PIASTRA, « sous le GPRF, le contreseing, loin d'être l'égal de celui des lois de 1875, était au contraire à la fois signe d'indépendance et de collaboration gouvernementale » (R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 65).

parlementaires qui proposèrent des dispenses de contreseing⁴⁶¹. Le régime de la Quatrième République finalement adopté en octobre 1946 a ainsi permis de confirmer et de « constitutionnaliser le transfert des compétences⁴⁶² » au bénéfice du président du Conseil. Nulle nomination n'était dispensée de contreseing et la répartition des compétences entre le président de la République et le président du Conseil ne fit guère débat. Le premier nommait le second, les magistrats du sièges et pourvoyait aux emplois en Conseil des ministres : « les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires, les membres du Conseil supérieur et du Comité de la défense nationale, les recteurs des universités, les préfets, les directeurs des administrations centrales, les officiers généraux, les représentants du Gouvernement dans les territoires d'outre-mer⁴⁶³ ». La liste était clairement circonscrite et exhaustive. Pour tous ces actes, le président de la République apposait sa signature sans jouir pour autant du pouvoir de désignation. Jean GICQUEL et Pierre AVRIL peuvent ainsi présenter les compétences du président de la Quatrième République comme des compétences nominales : « De manière classique, il accomplit formellement les gestes du pouvoir (promulgation des lois, ratification des traités, nomination des hauts fonctionnaires) en raison de la généralisation de la règle du contreseing⁴⁶⁴ ».

69. Ce fut notamment la faiblesse du chef de l'État, son manque de pouvoir, que leurs détracteurs reprochèrent aux Troisième et Quatrième Républiques⁴⁶⁵ : l'autorité est ce qui faisait, à leurs yeux, le plus défaut à ces deux régimes⁴⁶⁶. Les rédacteurs de la Cinquième

⁴⁶¹ Voir le rapport BARDOUX qui inspira certains parlementaires de l'époque. COMITÉ TECHNIQUE POUR LA RÉDACTION DES TEXTES CONSTITUTIONNELS ET LÉGISLATIFS SUSCEPTIBLES D'ASSURER, DANS LE CADRE DE LA RÉPUBLIQUE, LE REDRESSEMENT DES INSTITUTIONS LIBRES ET DES SERVICES PUBLICS, *La France de demain. Son gouvernement, ses assemblées, sa justice*, (dit Rapport BARDOUX), Sirey, 1936, rééd. Dalloz, 2006, par exemple p. 36. « Certains députés en 1946 reprirent ces propositions mais elles furent rejetées car il était inconcevable au lendemain de Vichy de donner de telles attributions au chef de l'État, de crainte du retour au pouvoir personnel », écrit J. BOUGRAB (*Aux origines de la Constitution de la IV^e République, op. cit.*, p. 136). Voir aussi la façon dont cette dernière restitue la position défendue par Jules JEANNENEY, président du Sénat (*ibid.*, p. 204). Elle mentionne également (*ibid.*, p. 465) la proposition de Jules RAMANORY (*JORF* du 5 septembre 1946, n°87, *Débats de l'Assemblée nationale constituante* (C.R.), séance du 4 septembre 1946, p. 3525).

⁴⁶² J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République, op. cit.*, p. 208.

⁴⁶³ Art. 30 de la Constitution de la Quatrième République.

⁴⁶⁴ P. AVRIL et J. GICQUEL, « La IV^e entre deux Républiques », *Pouvoirs*, n°76, 1996, p. 34.

⁴⁶⁵ Contrairement à une telle thèse, le professeur COHENDET affirme que, dès la Troisième République, « ce sont bien les abus de pouvoirs présidentiels et non pas la faiblesse du président qui sont la cause première de l'instabilité gouvernementale » (M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 376). Voir son analyse de la crise du 16 mai 1877 (*ibid.*, p. 371 sq.) et du rôle de GRÉVY dans l'instauration de ces « habits délégués » qui favorisèrent l'instabilité en « sapant l'autorité et le pouvoir du Gouvernement » (*ibid.*, p. 375).

⁴⁶⁶ Pour une étude approfondie de l'influence du réformisme des années trente sur la conception de la fonction présidentielle des rédacteurs de la Cinquième République, nous renvoyons à S. PINON, *Les Réformistes*

République, animés de cette « idéologie dominante⁴⁶⁷ », ont alors non seulement entendu restaurer l'autorité de l'exécutif en conférant davantage de compétences au Gouvernement – notamment s'agissant de la législation – mais en confiant également au président de la République des compétences exercées sans contresignature. Cette volonté de soustraire certains actes du président de la République au contreseing est nettement le produit de la conception qu'ils avaient de cet acte : un acte qui prive le président de la République d'un pouvoir décisionnel. Telle est bien la conception du contreseing qui s'exprimait au début de la Cinquième République et qui s'imposa à la compétence de nomination du président de la nouvelle République⁴⁶⁸. À la vérité, si la Cinquième République a rompu avec les anciennes Constitutions sur bien des points, elle demeure héritière d'un sens partagé : l'idée que le régime parlementaire démocratique lie inextricablement compétence et responsabilité. L'argument génétique confirme cet acquis : l'institution de compétences exercées par des actes non soumis à contreseing est, en substance, l'exception qui confirme (le sens de) la règle.

§2. La conception du contreseing à la naissance de la Cinquième République

70. En 1972, Marcel PRÉLOT affirmait que « le caractère original de la présidence dans la Constitution de 1958 non seulement ne comportait pas de références directes au passé, mais encore rendait celles-ci fallacieuses⁴⁶⁹ ». Pourtant, la publication des « travaux préparatoires »⁴⁷⁰ de la Cinquième République et les recherches denses qui ont pu être menées par certains auteurs sur les origines intellectuelles de ce régime ont montré la richesse de

constitutionnels des années trente (...), op. cit., p. 453 et s. Le dernier titre de la thèse en particulier est consacré au président de la République.

⁴⁶⁷ Voir les développements proposés in A. LE DIVELLEC, « Le Prince inapprivoisé (...) », art. cité, p. 130 et s.

⁴⁶⁸ Évidemment, il ne s'agit pas de dire que « l'argument traditionnel » prime en toute hypothèse, au prix d'un conservatisme certain empêchant toute forme d'innovation en matière constitutionnelle.

⁴⁶⁹ M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5^e éd., Dalloz, 1972, p. 706. Dans le même sens, voir J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la V^e République*, *op. cit.*, p. 21 qui citent M. PRÉLOT et écrivent qu'il ne « faut pas se méprendre sur la véritable portée du contreseing ».

⁴⁷⁰ Ce terme désignera, dans les lignes suivantes, principalement les travaux parus sous le titre COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française (vol. 1 à 4).

l'exégèse⁴⁷¹. Elles ont aussi souligné combien la Cinquième République n'a pas entièrement rompu avec le passé – l'aurait-elle seulement pu⁴⁷² ? Il ne s'agit pas de figer le texte en feignant qu'il n'ait qu'une signification possible ; mais cette démarche permet au moins de récuser certaines interprétations retenues. Juridiquement, rien ne justifie que soit si souvent affirmée l'idée selon laquelle la portée du contreseing sous la Cinquième République n'est nullement celle qu'il a dans la plupart des régimes parlementaires passés ou actuels⁴⁷³.

S'agissant du contreseing, les rédacteurs du texte (A) et la doctrine de l'époque (B) ne concevaient pas qu'il s'effaçât et perdît la portée qu'il avait acquise avec le parlementarisme classique.

A. La conception du contreseing pour les rédacteurs de la Constitution

La portée du contreseing et ses conséquences sur le pouvoir de décision du président de la République apparaissent clairement dans les « travaux préparatoires » de la Cinquième République⁴⁷⁴. Les rédacteurs semblent ainsi directement hériter de l'Histoire du parlementarisme français (1) et européen (2).

⁴⁷¹ Parmi ces recherches, voir S. PINON, *Les Réformistes constitutionnels des années trente (...)*, *op. cit.* La bibliographie de sa thèse comporte de très nombreuses sources. Pour une première approche synthétique, voir N. WAHL, « Aux origines de la Nouvelle Constitution », *RF sc. pol.*, n°1, 1959, p. 30-66.

⁴⁷² La continuité des idées et l'héritage des conceptions réformistes des années trente sont aussi liés à la continuité des acteurs ; continuité que les nominations ont contribué à assurer (sur cette thèse, voir *infra* p. 270 et s.).

⁴⁷³ Bien des auteurs l'affirment. Voir par exemple Ph. ARDANT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 386 ; D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, t. 2, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁷⁴ Sur les échanges entre rédacteurs au sujet des contreseings des articles 19 et 21, principalement lors des discussions au Conseil d'État, voir l'étude menée in R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 517-520.

1. Des rédacteurs héritiers du parlementarisme français

71. Animés par la volonté de rééquilibrer le régime parlementaire en cherchant à réconcilier liberté et autorité⁴⁷⁵, les rédacteurs de la Constitution de 1958 – en particulier les conseillers d'État et ministres qui établirent l'avant-projet⁴⁷⁶ – consentirent à cette fin à confier au président de la République des compétences dont l'exercice est dispensé de contreseing. Les écrits de Raymond JANOT sont limpides quant à la signification de cette démarche :

Il doit être dit clairement que certains pouvoirs appartiennent en propre au président de la République et cela doit se traduire par l'absence de contreseing pour l'exercice de ces pouvoirs. [...] Le contreseing est en effet le signe de l'irresponsabilité du signataire, la responsabilité politique étant prise par le ministre contresignataire ; il en résulte que l'acte soumis au contreseing est la chose de celui qui contresigne et non de celui qui signe⁴⁷⁷.

Près de quarante ans plus tard, il maintint son analyse originelle :

Je pense qu'il y a d'une part les actes pris par le Gouvernement, signés par le Président et contresignés par le Premier ministre (c'est le système parlementaire). Il y a d'autre part les actes signés par le Président sans aucun contreseing et qui sont l'expression de la décision du président : c'est l'innovation de 1958⁴⁷⁸.

L'idée est donc limpide : c'est bien parce que le contreseing dépouille le président de la République d'une faculté de décision que, si les rédacteurs souhaitaient que cet organe « décide dans des cas particulièrement graves⁴⁷⁹ », ils devaient lui confier des compétences

⁴⁷⁵ Ce leitmotiv, connu pour être celui de M. DEBRÉ, est largement partagé à l'époque. Paul REYNAUD place ainsi la restauration de l'autorité au cœur de la réforme de l'État qu'il préconise (Voir P. REYNAUD, « La réforme de l'État », *RPP*, t. 159, 1934, p. 3-8).

⁴⁷⁶ Voir *infra*, p. 270 et s.

⁴⁷⁷ R. JANOT, note pour le général DE GAULLE du 16 juin 1958, parue in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 1, La Documentation française, 1987, p. 257. Plus tard, il affirma : « Il n'est pas douteux que, lorsqu'un acte du président de la République est contresigné, le contreseing est l'expression, dans le texte, de la responsabilité ministérielle et, par conséquent, par le contreseing, l'acte signé par le président devient [...], au moins pour une large part, l'acte du contresignataire. C'est le principe même de la responsabilité ministérielle » (R. JANOT devant le Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958, reproduit in *ibid.*, vol. 2, La Documentation française, 1988, p. 68).

⁴⁷⁸ R. JANOT, in D. MAUS et O. PASSELECQ (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 47.

⁴⁷⁹ R. JANOT, note pour le général DE GAULLE du 16 juin 1958, préc., COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 3, op. cit., p. 257.

dont l'exercice est exempté de contresignature. Évidemment, Raymond JANOT n'était pas seul à formuler cette analyse partagée par d'autres rédacteurs de la Constitution⁴⁸⁰.

72. Michel DEBRÉ, architecte bien connu du régime de la Cinquième République, présent tout au long de la rédaction, était aussi un ardent défenseur du parlementarisme⁴⁸¹. Pour lui, le texte de 1958 érigeait un régime parlementaire dans lequel le contreseing faisait sens, et il le fit savoir à maintes reprises avant le référendum constituant. Outre les ouvrages qu'il avait fait paraître antérieurement, il affirma clairement cette conception devant l'Assemblée générale du Conseil d'État⁴⁸² et ceci fut relayé dans la presse de l'époque⁴⁸³.

Le général DE GAULLE lui-même confirma cette analyse du texte constitutionnel devant le Comité consultatif constitutionnel au sujet de la nomination des ministres :

Le président de la République signe les décrets que le Premier ministre contresigne. Par conséquent, les ministres sont nommés, en fait, par le Premier ministre, et, ensuite, le Premier ministre n'est pas responsable devant le président de la République. Celui-ci ne peut pas le révoquer. Si le Premier ministre demande la révocation d'un ministre, le président de la République signe le décret comme il l'a signé pour nommer le ministre sur la proposition du Premier ministre. Il ne peut pas le faire de son propre chef, c'est évident, sans quoi tout l'équilibre de notre projet de Constitution serait renversé car un élément essentiel de ce projet c'est que le président de la République est un arbitre et qu'il est là pour assurer le fonctionnement des pouvoirs publics, quoi qu'il arrive ; c'est là son rôle conformément, bien sûr, à la Constitution⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Outre les autres personnalités citées dans les pages qui suivent immédiatement, on se reportera aussi aux propos tenus par Roger BELIN in D. MAUS et O. PASSELEQC (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 51.

⁴⁸¹ Sur les idées constitutionnelles de M. DEBRÉ, la bibliographie est longue. Sa conception du parlementarisme est exprimée dans plusieurs de ses ouvrages, en particulier in *Refaire la France. L'effort d'une génération*, Plon, 1945 ou encore in *La République et son pouvoir*, Nagel, 1950, 206 p. Voir aussi ses *Mémoires*, cités *infra* et répertoriés en bibliographie, parus en cinq volumes sous le titre *Trois Républiques pour une France*. Parmi des analyses de l'œuvre de M. DEBRÉ, voir les travaux d'Odile RUDELLE et notamment, pour une bonne introduction, « La volonté d'une République nouvelle », *Espoir*, n°110, 1997. Voir également S. PINON, *Les Réformistes constitutionnels des années trente (...)*, op. cit., en particulier p. 145 et s.

⁴⁸² « “Le gouvernement doit être responsable devant le Parlement” : ce principe est la ligne directrice du régime parlementaire que le projet a l'ambition d'instituer » (Texte du discours de M. DEBRÉ devant le Conseil d'État, reproduit notamment in « La nouvelle Constitution », *RF sc. pol.*, vol. 9, n°1, 1959, p. 26). Pour une analyse de ce discours, voir M. VERPEAUX, « L'allocution de Michel Debré devant le Conseil d'État », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 105-118.

⁴⁸³ Voir, par exemple, *Le Monde* du 28 août 1958 et du 5 septembre 1958 où la Cinquième République est présentée comme un « régime parlementaire classique ».

⁴⁸⁴ Ch. DE GAULLE devant le Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958, reproduit in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 2, op. cit., p. 300.

73. Enfin les rédacteurs ont été influencés par les doctrines constitutionnelles de certaines personnalités n'ayant pourtant pas tenu la plume⁴⁸⁵. Le nom de René CAPITANT, lui aussi fidèle du général⁴⁸⁶, est souvent cité comme inspirateur certain du régime de la Cinquième République. En dépit d'un article de 1932 dans lequel l'auteur ne masque pas son admiration du « rôle politique du Président du Reich⁴⁸⁷ », CAPITANT défendit ensuite, non sans « adoration », un régime parlementaire rationalisé ; régime parlementaire où le Gouvernement est puissant car toujours responsable devant une Assemblée qui le soutient. Il fit sien le modèle anglais⁴⁸⁸. Ainsi, en 1934, tandis que certains de ses contemporains envisageaient de restaurer la fonction présidentielle, notamment dans le domaine des nominations⁴⁸⁹, le professeur de Strasbourg, au contraire, plaida pour « un Premier ministre aussi puissant qu'un dictateur, tenant dans sa main, et sous sa volonté, l'ensemble des prérogatives et de la machine gouvernementale⁴⁹⁰ ». Néanmoins, René CAPITANT se rallia dès 1946 à la « Constitution de Bayeux »⁴⁹¹, notamment parce qu'elle permettait au président de la République, arbitre, d'agir en cas de « péril »⁴⁹². Mais le caractère parlementaire du régime

⁴⁸⁵ Parmi les « références empoisonnées » (selon les mots d'O. RUDELLE) ayant influencé la rédaction de la Cinquième République, S. PINON cite les noms de J. BARDOUX, J. BARTHELEMY, R. BONNARD, R. CARRÉ DE MALBERG, A. TARDIEU, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, etc. (S. PINON, *Les Réformistes constitutionnels des années trente (...)*, op. cit., notamment l'introduction de sa thèse et plus particulièrement p. 11 et s.).

⁴⁸⁶ Voir en ce sens également J.-É. CALLON, « Les idées constitutionnelles de René Capitant (1945-1946) », in COLLECTIF, *De Gaulle et le Rassemblement du peuple français. 1947-1955*, Armand Colin, p. 392-398 et en particulier p. 393.

⁴⁸⁷ R. CAPITANT, art. éponyme, *Politique*, 1932, rééd. in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, textes réunis et présentés par O. BEAUD, Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p. 393-404.

⁴⁸⁸ R. CAPITANT, *La Réforme du Parlementarisme*, Sirey, 1934, 34 p., rééd. in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, op. cit., p. 326-342.

⁴⁸⁹ Le comité BARDOUX proposa ainsi : « Afin de sauvegarder l'autorité personnelle et de resserrer le contrôle administratif du premier magistrat, la rigidité de cette règle absolue [celle du contreseing systématique] doit être atténuée, dans deux cas : désignation du Premier ministre et nomination de hauts fonctionnaires » (Comité BARDOUX, *La France de demain (...)*, op. cit., p. 36).

⁴⁹⁰ R. CAPITANT, *La Réforme du parlementarisme*, préc. in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, op. cit., p. 328.

⁴⁹¹ Voir le commentaire du discours par J. GICQUEL, « L'analyse littérale du discours » in F. DECAUMONT (dir.), *Le Discours de Bayeux (16 juin 1946) : hier et aujourd'hui*, Economica-PUAM, p. 37-46. Voir aussi P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel. La notion de chef d'État*, op. cit., p. 429 et s.

⁴⁹² Voir R. CAPITANT, « Commentaire du discours de Bayeux » (août 1946), *Revue d'Histoire des facultés de Droit*, n°6, 1995, cité par J.-É. CALLON, « Les idées constitutionnelles de René Capitant (1945-1946) », art. cité, p. 396. Rappelons les termes employés par le général DE GAULLE dans ce discours : « C'est donc du chef de l'État, placé au-dessus des partis, élu par un collège qui englobe le Parlement mais beaucoup plus large et composé de manière à faire de lui le président de l'Union française en même temps que celui de la République, que doit procéder le pouvoir exécutif. Au chef de l'État la charge d'accorder l'intérêt général quant au choix des hommes avec l'orientation qui se dégage du Parlement. À lui la mission de nommer les ministres et, d'abord, bien entendu, le Premier, qui devra diriger la politique et le travail du Gouvernement. Au chef de l'État la fonction de promulguer les lois et de prendre les décrets, car c'est envers l'État tout entier que ceux-ci et celles-là engagent les citoyens. À lui la tâche de présider les Conseils du Gouvernement et d'y exercer cette influence de la continuité dont une nation ne se passe pas. À lui l'attribution de servir d'arbitre au-dessus des contingences politiques, soit normalement par le conseil, soit, dans les moments de grave confusion, en invitant le pays à faire

auquel tenait René CAPITANT ne fut nullement remis en cause après Bayeux. La contresignature allant de pair avec la responsabilité du Gouvernement, « clef de voûte du régime⁴⁹³ »⁴⁹⁴, rien ne permet de penser qu'elle ait acquis une autre portée. Décrivant la Constitution, nouvelle en 1958, René CAPITANT y vit un président de la République « arbitre, qui préside l'État, sans le gouverner » aux côtés d'un Premier ministre « qui ne pourra être révoqué par le Président, qui sera responsable devant le Parlement, qui choisira lui-même les autres ministres [et] [...] aura infiniment plus de pouvoirs [qu'un secrétaire d'État américain]⁴⁹⁵ »⁴⁹⁶.

74. Sous la Cinquième République, comme sous les Troisième et Quatrième Républiques, le contreseing est donc bien « un moyen [...] de transférer la responsabilité ministérielle⁴⁹⁷ » et il convient d'en tirer les conséquences : l'organe responsable possède le pouvoir de décision et puisque les ministres ne sont responsables *que* devant l'Assemblée, le président de la République ne saurait leur imposer une décision contraire à leurs vœux. Selon le texte adopté en 1958 et qui ne fut nullement révisé sur ce point, le président de la République avait essentiellement pour fonction d'arbitrer les conflits les plus graves et était, à cette fin, doté de compétences dont l'exercice était dispensé de contreseing. Après le 4 octobre 1958, la doctrine discuta le terme « arbitre » pour expliquer ou justifier l'interventionnisme du général DE GAULLE. Mais il ressort des travaux préparatoires que, si le général n'entendait nullement être un arbitre au sens le plus effacé, bien des échanges entre les rédacteurs et bien des témoignages confirment que l'arbitrage présidentiel s'opposait à l'idée d'un Président-chef-de-l'exécutif⁴⁹⁸. C'est un régime parlementaire qui était proposé aux Français ; c'est un

connaître par des élections sa décision souveraine. À lui, s'il devait arriver que la patrie fût en péril, le devoir d'être le garant de l'indépendance nationale et des traités conclus par la France ». Le texte du discours parut dans *Le Monde* à la date symbolique du 18 juin 1946. On le trouvera également in C. DE GAULLE, *Discours et messages*, t. 2 *Dans l'attente (février 1946 – avril 1958)*, Plon, 1970, p. 8 sq.

⁴⁹³ R. CAPITANT, *La Réforme du parlementarisme*, préc. in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, op. cit., p. 329.

⁴⁹⁴ Voir aussi G. LE BRAZIDEC, *René Capitant, Carl Schmitt. Crise et Réforme du Parlementarisme : De Weimar à la Cinquième République*, L'Harmattan, 1998, p. 254.

⁴⁹⁵ R. CAPITANT, Préface à L. HAMON, *De Gaulle dans la République*, in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, textes réunis par J.-P. MORELOU, CNRS, 1982, p. 365.

⁴⁹⁶ Michel DEBRÉ indique aussi dans ses *Mémoires* avoir été inspiré par ses « débats ou conversations [...] avec Pierre-Henri TEITGEN, [...] André MATHIOT et, surtout, François GOGUEL » (*Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 2 *Agir*, Albin Michel, 1988, p. 354).

⁴⁹⁷ R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, op. cit., p. 19.

⁴⁹⁸ Voir en ce sens, par exemple, P. PFLIMLIN, *Mémoires d'un européen de la IV^e République*, Fayard, 1991, p. 149, cité par R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, op. cit., p. 82.

régime parlementaire qu'ils ont accepté, quoiqu'ait pu ensuite écrire le général DE GAULLE⁴⁹⁹.

Une telle approche du régime parlementaire était d'ailleurs conforme aux exemples que fournissaient les Constitutions contemporaines de l'élaboration du régime français et dont avaient connaissance les rédacteurs.

2. Des rédacteurs inspirés par le parlementarisme européen

75. Il semble possible d'affirmer que les rédacteurs du texte de 1958 furent doublement influencés par le constitutionnalisme étranger. Indirectement influencés d'abord car ils furent, pour certains, « témoins privilégiés du réformisme constitutionnel des années trente⁵⁰⁰ », lui-même imprégné des exemples que fournissaient les Constitutions de l'époque. Directement influencés ensuite par l'observation des Constitutions européennes de la première moitié du XX^e siècle.

76. La thèse de Stéphane PINON, consacrée aux projets de révision de l'entre-deux guerres, montre clairement l'influence de ce mouvement sur la pensée des rédacteurs de 1958⁵⁰¹. Or, ce courant en faveur de la révision de la Troisième République était largement inspiré par les Constitutions (et la doctrine) européennes de l'époque. Comme l'indique l'auteur, l'écho de ces idées doit beaucoup à l'Académie des sciences morales et politiques, à la *Revue des Deux*

⁴⁹⁹ « Ce qui est écrit, fût-ce sur un parchemin, ne vaut que par l'application. Une fois votée la Constitution nouvelle, il restera à la mettre en pratique de telle sorte qu'elle soit marquée, en fait, par l'autorité et l'efficacité qu'elle va comporter en droit. Ce combat-là, aussi, sera le mien. Car il est clair qu'en la matière, ma conception n'est pas celle du régime qui disparaît. Ceux-là, tout en affirmant que c'en est fini de la confusion d'hier, comptent bien, au fond, que le jeu d'antan rendra la prépondérance aux formations politiques et que le chef de l'État, sous prétexte qu'il est un arbitre dont on voudrait qu'il ne choisisse pas, devra la leur abandonner. [...] [Ils] crieront au viol de la Constitution, parce que le tour qu'elle aura pris ne répondra pas à leurs arrière-pensées. D'arrière-pensées, le peuple français n'en a pas, lui, en accueillant la V^e République. Pour la masse, il s'agit d'instituer un régime qui, tout en respectant nos libertés, soit capable d'action et de responsabilité. [...] Il s'agit de répondre "Oui !" à de Gaulle à qui l'on fait confiance parce que la France est en question » (C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. 1 *Le renouveau (1958 – 1962)*, Plon, 1970, p. 37).

⁵⁰⁰ L'expression est empruntée à S. PINON, *Les Réformistes constitutionnels des années trente (...)*, p. 3.

⁵⁰¹ La thèse de l'auteur se situe pleinement dans le prolongement d'autres travaux visant à le démontrer. Outre N. WAHL, « Aux origines de la Nouvelle Constitution », déjà cité, mentionnons F. MONNET, *Refaire la République. André Tardieu, une dérive réactionnaire (1876-1945)*, Fayard, 1993 ; J. GICQUEL, *Le Problème de la réforme de l'État en France en 1934*, mémoire de DES écrit en 1962 et publié in J. GICQUEL et L. SFEZ, *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, PUF, 1965 et Ch. CHARLES, *L'Échec de la modification des institutions politiques françaises en 1934*, mémoire de DEA dact., Toulouse, 1995, 196 p. (ouvrages cités in Ch. CHARLES, « "Héros de la normalité" et circonstances inhabituelles : l'incapacité de Gaston Doumergue à réformer l'État à la suite du 6 février 1934 », *RFDC*, n°64, 2005, p. 685-702).

Mondes, au quotidien *Le Temps* et à la *Revue politique et parlementaire*⁵⁰². Dans cette dernière, par exemple, – dans laquelle publièrent Charles DE GAULLE ou encore Paul REYNAUD –, les chroniques constitutionnelles de Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH relayèrent l'actualité des pays européens et leurs choix constitutionnels⁵⁰³. Dans son étude de 1931 consacrée à « l'exécutif dans le régime parlementaire », MIRKINE-GUETZÉVITCH remarqua qu'après la Première Guerre mondiale, les constitutionnalistes européens avaient cherché à établir « la primauté du pouvoir législatif⁵⁰⁴ ». Cependant, écrivit-il, « la crise économique obligeait le Gouvernement à passer outre et à ne pas appliquer la Constitution », si bien que la plupart de ces textes constitutionnels furent « pratiquement [violés] au premier jour de la promulgation »⁵⁰⁵. Le réformisme qui traversa l'Europe eut alors pour tendance principale d'œuvrer au « renforcement de l'exécutif au détriment de la primauté législative⁵⁰⁶ ». À cette fin, les Constituants européens cherchèrent à augmenter et à consolider les compétences du Gouvernement⁵⁰⁷, mais également à modifier la fonction du chef de l'État en République. Furent notamment introduits, dans les textes européens, l'élection du président de la République au suffrage universel direct⁵⁰⁸ ainsi que des compétences exercées sans contreseing⁵⁰⁹. Ces dernières étaient considérées comme des « pouvoirs personnels⁵¹⁰ » du chef de l'État. Elles retinrent l'attention de la doctrine française de l'époque parce qu'elles créaient une rupture manifeste entre le pouvoir et la responsabilité.

⁵⁰² S. PINON, *Les Réformistes constitutionnels des années trente (...)*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰³ Entre les années 1930 et 1935, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH consacra ses chroniques constitutionnelles aux évolutions du régime parlementaire (« Le référendum et le régime parlementaire », *RPP*, 1931, t. 146, p. 304-313), aux révisions constitutionnelles et aux changements de régimes (« La révision de la Constitution autrichienne », *RPP*, 1930, t. 142, p. 485-492 ; « La nouvelle Constitution espagnole », *RPP*, 1932, t. 150, p. 127-142 ; « La révision constitutionnelle », *RPP*, 1933, t. 155, p. 337-349 ; « Siam, Italie, Espagne », *RPP*, 1933, t. 156, p. 588-597 ; « Révisions constitutionnelles en Estonie, en Pologne et en Autriche », *RPP*, 1934, t. 160, p. 133-143) et à l'étude du pouvoir exécutif, notamment dans son rapport à la démocratie (« L'exécutif et la dictature », *RPP*, 1930, t. 144, p. 317-329 ; « L'exécutif dans le régime parlementaire », *RPP*, 1931, t. 148, p. 155-163 ; « Défense de l'État démocratique en Tchécoslovaquie », *RPP*, 1935, t. 162, p. 562-574).

⁵⁰⁴ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « L'exécutif dans le régime parlementaire », art. cité, p. 157. Voir aussi son ouvrage *Constitutions de l'Europe nouvelle*, Delagrave, 1930, 565 p. Il publia également, au début des années 50, *Les Constitutions européennes*, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1951, 884 p.

⁵⁰⁵ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « L'exécutif dans le régime parlementaire », art. cité, p. 158. Le verbe « violer » est utilisé par l'auteur, nous l'avons seulement accordé au masculin.

⁵⁰⁶ *Loc. cit.*

⁵⁰⁷ Notamment en confiant au Gouvernement des compétences en matière législative en Autriche, dans l'Italie fasciste, en Tchécoslovaquie ou encore dans la République espagnole promulguée en 1931.

⁵⁰⁸ C'est le cas en Autriche en 1929, en Estonie à partir de 1933 ou encore en Irlande en 1937. Évidemment, l'exemple de la République de Weimar, de 1919, avait, lui aussi, largement retenu l'attention.

⁵⁰⁹ De telles mesures se trouvent, par exemple, dans les Constitutions polonaise de 1935, estonienne et lettone de 1922 qui soustrayaient la dissolution et la formation du Gouvernement à l'exigence de contreseing.

⁵¹⁰ L'expression est explicitement utilisée dans la Constitution polonaise de 1935.

En 1946 déjà, Jean-Louis BONNET soulignait le hiatus périlleux que susciterait une telle dispense de contreseing :

S'il y a lieu de libérer le pouvoir exécutif, en cas de décision très importante, de sa sujétion à l'égard du législatif, on rencontre le délicat problème de concilier cette amorce de pouvoir personnel (si légitimement abhorré par les républicains) avec l'irresponsabilité présidentielle. Conférer un pouvoir propre au président de la République sans réviser l'axiome de son irresponsabilité, ce serait en fait créer un pouvoir autonome, exclu du contrôle direct des élus de la nation. Y a-t-il à cela péril majeur? Il faudrait supposer que l'élu de la nation n'userait de ses prérogatives que dans l'esprit du régime⁵¹¹.

L'existence d'actes dispensés de contreseing suscita également la curiosité des constitutionnalistes français parce qu'elle dérogeait au parlementarisme classique, tel qu'il fut pensé et pratiqué en France jusqu'au début de la seconde moitié du XX^e siècle.

De ce fait, il n'est pas étonnant que la doctrine de 1958 lût la nouvelle Constitution française par ce prisme classique. Beaucoup plus déconcertante en revanche est l'occultation, sinon la négation, de la fonction substantielle du contreseing dès le début des années 60.

B. La conception du contreseing dans la doctrine des débuts de la Cinquième République

77. Lorsque fut adopté le texte, nombre d'auteurs de manuels de droit constitutionnel, se faisant exégètes d'un texte encore inappliqué, présentèrent le contreseing comme un mécanisme conférant au Premier ministre le pouvoir de désignation. Ils admettaient que « le contreseing ayant historiquement pour effet d'ôter toute substance politique au geste du monarque, celui-ci [n'avait] plus ensuite qu'une compétence liée⁵¹² ».

Une immersion dans les manuels, les articles ou la presse des années 1958-1961, révèle que les analyses relatives au président de la République se concentrent sur ce qui constitue la

⁵¹¹ Cité in J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 136.

⁵¹² C. AMAR, *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, op. cit., p. 227.

rupture de 1958 par rapport aux régimes français antérieurs⁵¹³ : l'existence de compétences présidentielles dont l'exercice n'est pas soumis au contreseing primo-ministériel. Pour les uns, le danger est grand de voir renaître une dictature⁵¹⁴ ; pour les autres, c'est un choix de sagesse venant compenser les risques que présentait une Assemblée sans majorité nette⁵¹⁵. Mais l'absence de contreseing pour certains actes est un bouleversement seulement parce que le contreseing érige ces compétences présidentielles en compétences formelles⁵¹⁶.

78. Une telle pensée est bien véhiculée dès les premiers mois du nouveau régime par différents auteurs. Georges BURDEAU pouvait ainsi affirmer :

La référence au contreseing me paraît être le critère entre les pouvoirs traditionnels d'un chef d'État parlementaire, pouvoirs nominaux, puisque l'exigence du contreseing conduit à transférer, en fait, leur exercice au Gouvernement, et les pouvoirs que le président de la République détient [...] à titre d'incarnation du pouvoir étatique⁵¹⁷.

La double équation selon laquelle contreseing implique responsabilité, et responsabilité implique pouvoir, apparaît évidente en ces lignes. Selon le professeur BURDEAU, c'est parce que le président de la République incarne le « pouvoir étatique », l'État-même⁵¹⁸, qu'il

⁵¹³ Ce constat est très rapidement soulevé par la doctrine française mais également par les observateurs étrangers. Par exemple, voir D. PICKLES, « The Constitution of the Fifth French Republic », *The Modern Law Review*, vol. 22/1, janvier 1959, p. 1-20. Pour de très bons résumés des différentes analyses étrangères sur la Cinquième République à ses débuts, voir E. R. TANNENBAUM, « The Heritage and Prospects of the Fifth Republic », *The Journal of Modern History*, vol. 33, 1961, p. 178-182 et S. HOFFMANN, « De Gaulle's Republic », *Political Science Quarterly*, vol. 75, 1960, p. 554-559.

⁵¹⁴ En ce sens, voir par exemple le virulent J. C. CAIRNS, « The Fifth Republic's First Year », *International Journal*, vol. 14/4, 1959, p. 272-282 ; voir également M. JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, *La Quinta Republica francesa. Una puerta abierta a la dictadura constitucional*, Editorial Tecnos, 1958, 191 p.

⁵¹⁵ Certains des projets de révision émis dans les années 30 et 40 envisageaient la possibilité d'exempter de contreseing certaines compétences présidentielles pour permettre au président de la République d'assurer la stabilité du Gouvernement. Voir en ce sens, par exemple, COMITÉ BARDOUX (...), *La France de demain (...)*, op. cit.

⁵¹⁶ Voir le commentaire « officieusement officiel », selon l'expression de Didier MAUS, paru à la Documentation française en avril 1959 et reproduit in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 4, 2001, p. 157 et s.

⁵¹⁷ G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 8^e éd., 1959, p. 424. Il réitère cette pensée dans la 9^e édition de son manuel, parue en 1961 (cf. p. 453) et in *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1962, p. 534 bis.

⁵¹⁸ G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *RF sc. pol.*, n°1, année IX, 1959, p. 88.

Sur le pouvoir d'État, voir aussi J.-L. QUERMONNE, « La notion de pouvoir d'État et de pouvoir présidentiel sous la V^e République », in *Itinéraires. Mélanges en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 549-562. Jean-Louis QUERMONNE y souligne l'intérêt que présente selon lui le concept proposé par Georges BURDEAU et le définit comme « un concept associant, au service du pouvoir présidentiel, l'appareil gouvernemental, administratif, militaire et judiciaire de l'État à un large consensus populaire » (p. 561).

Ce « pouvoir d'État » n'est donc pas semblable à celui d'HAURIOU. Dans son *Précis élémentaire de Droit constitutionnel*, le doyen de Toulouse affirmait que « le pouvoir d'État, qui porte le nom de puissance publique,

dispose de compétences dont l'exercice est dépourvu de contreseing. Pour les autres compétences soumises à la signature présidentielle, la règle du régime parlementaire opère. Puisque, selon le professeur, la Cinquième République fait coexister « un pouvoir d'État » et « un pouvoir démocratique »⁵¹⁹, le chef de l'État incarne le premier, tandis que le Gouvernement, le Premier ministre à sa tête, incarne le second.

C'est le pouvoir démocratique qui gouverne. Cette compétence n'est pas sporadique ; elle est quotidienne et générale. C'est elle qui définit l'article 20 puisque le gouvernement qui « détermine et conduit » la politique est un gouvernement responsable⁵²⁰.

Dans son cours de licence de l'année 1961-1962, le professeur affirma encore, s'agissant du président de la République : « S'il ne lui est pas interdit d'agir, il ne peut le faire que par personne interposée, c'est-à-dire en usant, éventuellement, de son ascendant sur le Premier ministre. Mais normalement, le Président n'a pas la gestion des affaires⁵²¹ ».

Jean CHATELAIN abonda en ce sens lorsqu'il écrivit, en l'appliquant à la Cinquième République, que :

Les Constitutions parlementaires attribuent souvent au chef de l'État des compétences variées mais il est entendu que leur effectivité appartient au Premier ministre qui contresigne les décisions prises et endosse la responsabilité. [...] Le président de la République n'a qu'une « magistrature d'influence »⁵²².

Maurice DUVERGER affirma quant à lui que :

Le contreseing n'est pas une simple formalité. Le Premier ministre, et éventuellement les ministres, qui apposent leur signature aux côtés de celle du président de la République, endossent la responsabilité de l'acte de celui-ci vis-à-vis du Parlement. [...] Il en résulte naturellement que le pouvoir de décision pour tous les actes soumis au contreseing tend à passer du président de la République au Premier ministre et au Gouvernement⁵²³.

présente les caractères suivants qui lui sont très particuliers : c'est un pouvoir purement politique ; un pouvoir civil ; un pouvoir de centralisation à base territoriale » (M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 2^e éd., 1930, p. 12).

⁵¹⁹ G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », art. cité, p. 89.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 97.

⁵²¹ G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques op. cit.*, p. 534.

⁵²² J. CHATELAIN, *La Nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, Berger Levrault, coll. « Institutions politiques d'aujourd'hui », 1959, p. 96-97.

⁵²³ M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, 1959, p. 668-669.

De cela il résulte, s'agissant des décrets et ordonnances, que le président de la République ne saurait « refuser sa signature⁵²⁴ ». Pourtant, le même auteur estima plus tard que :

La Constitution de 1958 a établi *dès l'origine* un régime mixte, où le président de la République est doté de pouvoirs bien plus réels que ceux d'un chef d'État parlementaire. Même *avant 1962*, beaucoup de juristes estimaient par exemple qu'il pouvait refuser sa signature exigée par l'article 13 pour les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres⁵²⁵.

Une telle assertion ne laisse pas d'étonner. La contradiction interne au discours de l'auteur est manifeste⁵²⁶ et, contrairement à ce qu'il affirme, bien des juristes de l'époque (avant 1962) voyaient le contreseing comme un acte opérant un réel transfert du pouvoir décisionnel. Bien d'autres auteurs pourraient être cités en ce sens, puisque cette position n'avait rien de marginal⁵²⁷. Comment expliquer alors que bientôt le contreseing fut relégué à une simple « fonction juridique formelle » ? Plusieurs explications sont possibles. Selon Marie-Anne COHENDET :

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 667.

⁵²⁵ M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, *op. cit.*, p. 16 (nous soulignons).

⁵²⁶ Le caractère éminemment politisé de cette « controverse » n'aura pas échappé à la doctrine. Voir en ce sens l'analyse de M. TROPER, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », art. cité. Olivier DUHAMEL écrira quant à lui dans le journal *Le Monde*, au sujet de l'obligation de signer ou non les ordonnances : « Certains [juristes] soutiennent que le Président a compétence liée et ne saurait refuser de signer les ordonnances – soit parce qu'ils sont favorables à la droite, soit parce qu'ils restent fidèles à la tradition parlementaire. D'autres affirment que le Président dispose d'un pouvoir discrétionnaire et peut opposer son veto à une ordonnance qui ne lui convient pas – soit parce qu'ils sont favorables à la gauche, soit parce qu'ils sont de tempérament présidentieliste » (O. DUHAMEL, « Ordonnances : signer ou ne pas signer ? », *Le Monde*, 12 avril 1986).

⁵²⁷ Par exemple, J. GEORGEL, « Tableau de la Cinquième République selon la Constitution du 5 octobre 1958 », *Rev. adm.*, n°65, 1958, p. 484 : « Le Président de la République exerce une "magistrature morale" par certaines interventions. La responsabilité politique de l'acte incombe en général à d'autres organes politiquement responsables, le plus souvent les ministres ». Voir aussi l'analyse proposée par le professeur BERLIA qui souligne, notamment, la rupture entre pouvoir et responsabilité à laquelle confine l'absence de contreseing pour certains actes. L'auteur en vient à conclure : « Une analyse ne portant que sur les textes nous conduit donc à définir la Constitution de 1958 comme une déformation peu heureuse des règles classiques du Gouvernement parlementaire » (G. BERLIA, « Le président de la République dans la Constitution de 1958 », *RDP*, 1959, p. 84). De façon, plus nuancée George VEDEL affirme lui aussi que le contreseing permet un transfert de responsabilité mais il souligne les limites de l'irresponsabilité du Président de la Cinquième République dès lors, d'une part, qu'il peut adopter des actes sans aucun contreseing et, d'autre part, que « le président de la République, tantôt s'appuyant sur le texte littéral, tantôt le débordant largement, exerce, selon sa propre expression "l'autorité suprême" dans des domaines de plus en plus nombreux » (G. VEDEL, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1959-1960, p. 892). Voir aussi les pages qu'il consacre au contreseing de l'article 19 de la Constitution dans lesquelles il confirme son analyse classique – parlementariste – de la contresignature (p. 950-951). Cf. l'analyse proche que conduit André DE LAUBADÈRE *in Cours de droit public* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1959-1960, p. 87 et s.

Voir *contra* P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel. La notion de chef d'État*, *op. cit.*, 1959-1960, p. 442 et s. L'auteur conclut son analyse des rapports entre le président de la République et le Premier ministre en ces termes : « Le président de la République écrase, annihile le Premier ministre et le Gouvernement. Domination acceptée du reste par le cabinet, mais qui découle des textes eux-mêmes » (p. 449). Il est vrai cependant que le professeur se fonde déjà sur la pratique gaullienne pour établir son constat.

Pendant des années, les professeurs de droit dénoncèrent avec toute la véhémence qui s'imposait les violations de la Constitution par de Gaulle. Mais [...] voyant la pérennité de ces violations, ils craignirent le ridicule d'une posture de Don Quichotte, l'apparente fatuité d'un professeur enseignant des règles de droit qui ne sont même pas respectées par le chef de l'État⁵²⁸.

Une perspective réaliste du droit qui épuiserait son objet dans l'analyse de la pratique peut constituer une deuxième explication. D'un point de vue plus politique, enfin, l'acceptation de la pratique peut s'expliquer par la résignation des partis politiques de gauche⁵²⁹.

79. Dans les écrits des premiers temps de la Cinquième République, la question des nominations ne retint pas l'attention particulière des auteurs. Mais la conclusion à tirer des observations générales sur ce régime ne fait guère de doute : si « la fonction substantielle du contreseing a *pratiquement* disparu sous la V^e République⁵³⁰ », rien ne paraît juridiquement fonder une telle mutation. Le contreseing demeure un moyen pour le Gouvernement d'endosser la responsabilité d'un acte dont il pourrait avoir à répondre devant l'Assemblée nationale⁵³¹. La compétence de nomination confiée au président de la République, notamment au titre de l'article 13 de la Constitution, est une compétence nominale de celui-ci ; le pouvoir de décision, donc de désignation, appartient au Premier ministre et aux ministres⁵³². Mais, corrélativement, cela ne permet pas de conclure que les nominations non soumises à contresignature sont des « pouvoirs propres » du président de la République. La distinction entre « pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés » doit être discutée.

⁵²⁸ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 444.

⁵²⁹ Dans le même sens, le professeur COHENDET écrit : « Le ralliement d'une large partie de la gauche à l'interprétation présidentialisante a favorisé les abus de pouvoirs présidentiels » (M.-A. COHENDET, « Le système de variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 126).

Le rôle des professeurs de droit, y compris des gaullistes de gauche, ne fut pas non plus neutre dans ce mouvement de ralliement des partis non gaullistes à la pratique gaullienne. Voir P. ALLORANT, « Les juristes gaullistes », in B. LACHAISE, F. AUDIGIER et S. LAURENT (dir.), *Les Gaullistes. Hommes et réseaux*, Nouveau Monde, 2013, p. 317-322.

⁵³⁰ J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 235. Nous ne souscrivons à cette proposition qu'autant que l'adverbe *pratiquement* s'entend au sens premier : en pratique.

⁵³¹ *Contra ibid.*, p. 239 et s.

⁵³² Voir D. DULONG, *Un président de la République à l'image d'une « France moderne »*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1996, p. 73. De même, dans sa thèse de doctorat, le professeur CHANTEBOUT notait qu'en maintenant « pour l'exercice de ce pouvoir [de nomination aux emplois civils et militaires de l'État] l'obligation du contreseing, il n'est pas certain qu'il [le constituant] ait entendu élargir considérablement par là les prérogatives réelles de la présidence » (B. CHANTEBOUT, *L'Organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1967, p. 196).

SECTION 2. LE POUVOIR DE DÉSIGNATION APPARTENANT AU CONTRESIGNATAIRE SOUS LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE

Bien qu'elles soient absentes du texte constitutionnel, les expressions « pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés » furent tôt utilisées par les acteurs du jeu politique et par la doctrine étudiant la Cinquième République. Cette *summa divisio* paraît devoir être abandonnée, tant en général que s'agissant des nominations. Une telle distinction entre en contradiction avec l'architecture d'ensemble du régime et crée un certain nombre de confusions (§1), ce qui oblige à la reformuler (§2).

§1. « Pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés », une distinction discutable

80. Si certains auteurs ont déjà discuté cette dichotomie en montrant la faible pertinence voire l'inutilité⁵³³, il semble qu'une analyse systémique permettrait d'affermir la critique. Il s'agit d'ajouter à la micro perspective – focalisée sur la critique interne de la distinction – une macro perspective – situant la dichotomie dans l'ensemble du système politique.

L'utilisation, par une partie de la doctrine, de la distinction entre « pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés » s'inscrit en effet dans un réseau d'arguments (explicites ou non). Les auteurs qui considèrent que les « pouvoirs contresignés » sont partagés admettent en général, et au moins à titre principal, que le président de la République représente la nation, qu'il est responsable et qu'il est habilité à se séparer librement de « son » Premier ministre. Ces trois éléments de droit, combinés à la condition que le président de la République dispose du soutien politique de l'Assemblée nationale – argument de fait (majoritaire) –, permettent alors aux auteurs d'achever la présentation du régime en sonnante le glas de l'article 19 de la Constitution⁵³⁴. La distinction entre actes contresignés et non contresignés dans ce tableau

⁵³³ Voir les positions des professeurs Guy CARCASSONNE et Dominique CHAGNOLLAUD étudiées *infra*, p. 128 et s.

⁵³⁴ Évidemment, nous mesurons que les Premiers ministres eux-mêmes y consentent. Voici en quels termes le Premier ministre ROCARD répondit à nos interrogations sur le pouvoir qu'il tenait du contresigning : « Foutez la paix à la contresignature ! À partir du moment où le président de la République nomme, le reste est de la

devient insignifiante : « la logique majoritaire, agissant à la manière d'un palimpseste, efface ce *distinguo* et attribue la plénitude de compétences au président de la République⁵³⁵ ».

Ces trois données peuvent être réfutées : même lorsque le président de la République bénéficie du « fait majoritaire⁵³⁶ », il n'est pas un représentant de la nation au même titre que le Parlement (A), il n'est pas responsable au même titre que le Gouvernement (B) et il n'est pas habilité à révoquer *ad nutum*⁵³⁷ le Premier ministre (C).

A. Le président de la République n'est pas un représentant de la nation au même titre que le Parlement

81. Sans doute est-il assez contre-intuitif d'affirmer que le président de la République ne représente pas la nation. Pourtant, les thèses de Pierre BRUNET⁵³⁸ et de Bruno DAUGERON⁵³⁹ ont bien montré qu'être élu ne signifie pas représenter la nation, au sens que lui donna BARNAVE de « vouloir pour elle⁵⁴⁰ ». Et, comme l'indique le premier d'entre eux, la question est moins de savoir ce que « représenter » veut dire que de comprendre à quelle fin est utilisé cet argument. Pierre BRUNET pense ainsi que « qualifier [le président de la

figuration sauf que cette figuration est exercée, pratiquée, par des gens qui ont des mandats, des postes, des influences » (cette citation est tirée de l'entretien que le Premier ministre nous a accordé et est reproduite en annexe 2 de la thèse, p. 642 et s.).

⁵³⁵ J. GICQUEL, « Un Président qui gouverne », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, coll. « Les études de la Documentation française », 2008, p. 71.

⁵³⁶ Voir les définition et précaution énoncées *supra*, p. 20 et s.

⁵³⁷ « La révocabilité *ad nutum* est celle qui peut être prononcée à tout moment par la décision souveraine d'une seule personne ou de l'organisme habilité à cet effet » selon S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Locutions latines juridiques*, Dalloz, coll. « À savoir », 2007, entrée « *Ad nutum* ». Le verbe « révoquer », utilisé seul, est ambigu car il semble admettre la liberté de décision de celui qui révoque lors même que ce n'est pas toujours le cas. C'est la raison pour laquelle nous distinguons « révocation » et « révocation *ad nutum* ».

⁵³⁸ P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 335-336.

⁵³⁹ B. DAUGERON, *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, *op. cit.*, en particulier p. 56 et s. Il montre que l'élection n'est pas « le critère de la représentation ». Tel est le titre d'une des sous-sections de la thèse de l'auteur.

⁵⁴⁰ « La représentation constitutionnelle consiste à représenter la nation ; or, dans l'ordre et dans les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue le *représentant* de celui qui n'est qu'un *simple fonctionnaire public*, c'est qu'il est chargé dans certains cas de vouloir pour la nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est chargé que d'agir pour elle », affirma BARNAVE (*Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises imprimé sur ordre du Sénat et de la Chambre des députés*, sous la direction de J. MADIVAL et de E. LAURENT, première série (1787 à 1977), tome XXIX, 1888, p. 331, cité notam. in B. DAUGERON, *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 22).

Cinquième République] de représentant permet de justifier que lui soient reconnues certaines compétences qu'il ne possède pas *a priori*⁵⁴¹ ». Bruno DAUGERON, tout en la nuanciant⁵⁴², confirme cette position : « son élection expliquerait qu'il se mue ainsi d'arbitre en capitaine autant qu'elle l'y autoriserait, et fonderait l'autorité hiérarchique qu'il peut exercer sur le Premier ministre, comme la supérieure "légitimité" qu'il aurait notamment sur les membres du Parlement⁵⁴³ ».

82. En effet, au vu des écrits d'une large part de la doctrine postérieure à 1962, tout semble s'être passé comme si l'édifice constitutionnel avait été révisé dans sa totalité avec la modification de l'article 6 de la Constitution⁵⁴⁴. Cette révision, marginale d'un point de vue quantitatif, aurait érigé le président de la République en représentant de la nation. Jean GICQUEL l'exprime ainsi très clairement : « Le président de la République cesse d'être un agent pour devenir, ce qui était le but recherché, l'égal et le rival des députés, bref, *un représentant de la nation*, au sens de l'article 3 de la Constitution, chargé à ce titre de *vouloir pour elle*⁵⁴⁵ ». La révision de 1962 obligerait à lire l'ensemble du texte constitutionnel au prisme de l'article 6 modifié. D'aucuns, dès 1962⁵⁴⁶, considèrent que cette réforme

⁵⁴¹ P. BRUNET, *Vouloir pour la nation (...)*, op. cit., p. 349 : « En qualifiant le président élu de représentant, on cherche à justifier l'autorité de ses décisions au nom d'une volonté générale que la Constitution ne pourrait pas ne pas lui reconnaître ». Voir aussi, du même auteur, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 5-19.

⁵⁴² Contrairement à Pierre BRUNET, Bruno DAUGERON considère que l'argument de la représentation est moins un argument de justification (ce que P. BRUNET démontre) que le signe d'un « glissement de sens du concept de représentation : le passage de "vouloir pour la nation" à "être élu par le peuple" » (B. DAUGERON, *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, op. cit., p. 1180). Autrement dit, l'élection ferait la représentation laquelle ne signifie pas « vouloir pour la nation ». La divergence de points de vue entre ces deux auteurs se mesure particulièrement bien *in ibid.*, p. 796-799. Voir aussi les pages que l'auteur consacre spécifiquement à l'élection du président de la République française après 1962 mais aussi sous les régimes antérieurs (p. 32 et s. et p. 774 et s).

⁵⁴³ B. DAUGERON, *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, op. cit., p. 32.

⁵⁴⁴ La loi n°62-1292 du 6 novembre 1962, adoptée par référendum au titre de l'article 11, a modifié l'article 6 de la Constitution en prévoyant l'élection du président de la République au suffrage universel direct. Elle a eu pour objet de substituer la mention « au suffrage universel direct » à « par un collège électoral comprenant les membres du Parlement, des conseils généraux et des assemblées des Territoires d'Outre-Mer, ainsi que les représentants élus des conseils municipaux ».

⁵⁴⁵ J. GICQUEL, « Commentaire des articles 6 et 7 » in G. CONAC et F. LUCHAIRE (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 1979, p. 180-220, p. 191 (nous soulignons). Le professeur GICQUEL réitéra cette analyse après la révision de 2008. Il écrit : « La cohabitation est donc bien, paradoxalement, l'exception qui confirme le rôle dirigeant assumé par le chef de l'État, pris en qualité de représentant de la nation [...], chargé de vouloir pour elle. En d'autres termes, sa condition insigne résulte du couplage entre la force politique du fait majoritaire et la forme juridique des compétences exercées ; en un mot, la constitution politique et la Constitution juridique font chorus » (« Un Président qui gouverne », art. cité, p. 67).

⁵⁴⁶ Il faut pourtant relever que l'élection au suffrage universel direct du président de la République n'intervint, en fait, qu'en 1965. Il n'en reste pas moins que l'année 1962 marque un tournant décisif pour la confortation de la précellence présidentielle. Outre l'émergence inattendue du « fait majoritaire » bénéficiant au président de la République, les conditions très litigieuses de l'adoption de la révision de l'article 6 de la Constitution témoignent, dès 1962, de la capacité du président de la République à conduire une « révolution juridique » de

« bouleverse complètement [...] la structure même [du régime]⁵⁴⁷ » ; d'autres évoquent un « nouveau régime⁵⁴⁸ ». Depuis lors, la plupart des auteurs s'en servent, comme le relèvent les professeurs BRUNET et DAUGERON⁵⁴⁹, pour justifier une extension des pouvoirs présidentiels⁵⁵⁰.

Selon le professeur AVRIL, « une fois acquise, son élection au suffrage universel justifia que la qualité de “représentant” lui soit pleinement reconnue⁵⁵¹ ». Dans le même sens, Maurice DUVERGER écrivit, s'agissant de la signature des ordonnances et décrets délibérés en conseil des ministres :

Avant 1962, où le régime était parlementaire, on appliquait le principe que les pouvoirs du chef de l'État sont de pure forme dans tous les cas où [la Constitution] ne dit ou n'implique pas qu'ils peuvent être réellement exercés. Une fois élu au suffrage universel, le Président acquiert au contraire la même légitimité que celle de l'Assemblée nationale, qui ne permet plus de tenir pour simplement nominaux les pouvoirs qui lui sont confiés⁵⁵².

83. Un tel argument est utilisé par les acteurs du jeu politique eux-mêmes, et en particulier par les présidents de la République⁵⁵³. Le premier d'entre eux, DE GAULLE, estimait très clairement, dans sa conférence de presse de 1964, que :

Le président, qui, suivant notre Constitution, est l'homme de la nation, mis en place par elle-même pour répondre de son destin ; le Président, qui choisit le Premier ministre, qui le nomme ainsi que les autres membres du gouvernement, qui a la faculté de le changer, soit parce que se trouve accomplie la tâche qu'il lui destinait et qu'il veuille s'en faire une réserve en vue d'une

nature constitutionnelle. L'idée qu'une « révolution juridique » eut lieu en 1962 est défendue par le professeur DEROSIER. Voir J.-Ph. DEROSIER, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *RFDC*, n°102, 2015, p. 391-404.

⁵⁴⁷ M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, coll. « Thémis », 8^e éd., 1965, p. 504.

⁵⁴⁸ J. GEORGEL, « Vingt ans de Cinquième », *Rev. adm.*, n°202, 1981, p. 395, par ailleurs éminemment critique quant à ce qu'il est advenu de la Cinquième République.

⁵⁴⁹ Voir en particulier les exemples que fournit Bruno DAUGERON in *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 32 et s. et p. 774 et s.

⁵⁵⁰ Jean MASSOT affirme ainsi sans détour que : « La réforme de la Constitution de 1962 et l'introduction de l'élection présidentielle au suffrage universel ne pouvaient qu'accentuer la tendance du chef de l'État à déterminer et conduire la politique de la nation, rôle que le général de Gaulle avait toujours revendiqué en se présentant, dès sa première élection en 1958, comme le “guide de la France”. » : J. MASSOT, « “Direction du Gouvernement” et “Conduite de la politique de la nation” », *Rev. Adm.*, n°194, 1980, p. 126.

⁵⁵¹ P. AVRIL, « Le président de la République, représentant de la nation », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, p. 32.

⁵⁵² M. DUVERGER, « Les vaches sacrées », in *Itinéraires. Mélanges en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 639-645.

⁵⁵³ Outre les citations reproduites dans les pages suivantes, voir la sélection de discours présidentiels proposée in P. JAN (dir.), *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, coll. « Études », 2008, p. 66.

phase ultérieure, soit parce qu'il ne l'approuverait plus ; le Président, qui arrête les décisions prises dans les conseils, promulgue les lois, négocie et signe les traités, décrète, ou non, les mesures qui lui sont proposées, est le chef des armées, nomme aux emplois publics ; le Président qui, en cas de péril, doit prendre sur lui de faire tout ce qu'il faut ; le Président est évidemment seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'État⁵⁵⁴.

À en croire le président de la République de l'époque, il serait « l'homme de la nation », ce qui justifierait l'ensemble des compétences que DE GAULLE énumère. Mais il est remarquable qu'il assimile celles qui sont exercées avec contreseing et sans contreseing, tandis que certaines attributions – comme la faculté de révoquer librement le Premier ministre – sont purement et simplement inexistantes dans le texte constitutionnel. L'élection au suffrage universel direct est ainsi utilisée comme une nouvelle (res)source de pouvoirs que les présidents de la République suivants firent leur. Georges POMPIDOU écrivit dans le *Nœud Gordien* que le chef de l'État, « investi directement de la confiance de la nation, est et doit être le chef incontesté de l'exécutif⁵⁵⁵ ».

Valéry GISCARD D'ESTAING, lors de sa conférence de presse du 25 juillet 1974, proposait la même vision du régime en expliquant que :

La Cinquième République, modifiée par le référendum de 1962, est un régime présidentiel, c'est-à-dire un régime dans lequel les attributions du président de la République, concernant l'impulsion de la politique, sont des attributions très importantes⁵⁵⁶.

François MITTERRAND, qui n'avait pas de mots assez durs contre le « coup d'État permanent⁵⁵⁷ », ne dérogea pas à la pratique initiée par ses prédécesseurs, comme l'attestent,

⁵⁵⁴ Extrait de la conférence de presse donnée au Palais de l'Élysée le 31 janvier 1964 (C. DE GAULLE, *Discours et messages*, t. 4 *Pour l'effort (août 1962 – Décembre 1965)*, Plon, 1970, p. 162 et s.).

⁵⁵⁵ G. POMPIDOU, *Le Nœud gordien*, Plon, 1974, p. 63 : « Notre Constitution, modifiée par le référendum qui a institué l'élection du président de la République au suffrage universel direct, a clairement posé le principe de la priorité du chef de l'État. [Lequel,] investi directement de la confiance de la nation, est et doit être le chef incontesté de l'exécutif ». Peu après son élection, il affirma encore : « Le choix qu'a fait le peuple français [*en l'élisant*] démontre son adhésion à la conception que le général de Gaulle a eue du rôle du président de la République. À la fois chef suprême de l'exécutif, gardien et garant de la Constitution, il est, à ce double titre, chargé de donner les impulsions fondamentales, de définir les directions essentielles, d'assurer et de contrôler le bon fonctionnement des pouvoirs publics. À la fois arbitre et premier responsable national » (G. POMPIDOU, conférence de presse radiotélévisée du 10 juillet 1969). Le texte de la conférence annoté par le président POMPIDOU est disponible aux Archives nationales sous la cote : AG/5(2)/632. Il est aussi cité in P. BRUNET, *Vouloir pour la nation (...)*, *op. cit.*, p. 326 et fut reproduit dans le journal *Le Monde* du 11 juillet 1969. Voir également l'article paru dans *Le Monde* du 12 juillet 1969 : P. VIANSSON-PONTÉ, « Les déclarations de M. Pompidou marquent une conception nouvelle de la fonction présidentielle et la continuité de la politique » (il s'agit du titre de l'article). Contrairement à ce qu'affirme le journaliste, la conception n'est que partiellement nouvelle, à notre sens ; le Président POMPIDOU fait sienne la conception gaullienne de la présidence.

⁵⁵⁶ Réunion de presse du 25 juillet 1974, discours reproduit in *Le Monde*, 27 juillet 1974.

par exemple, son message à l'Assemblée nationale le 8 juillet 1981⁵⁵⁸ ou encore l'entretien télévisé du 9 décembre suivant, au cours duquel il répondit à Michèle COTTA, qui l'interrogeait sur les pouvoirs exorbitants du président de la République⁵⁵⁹ :

[Le président de la République] a de grands pouvoirs et, lorsque vous m'interrogez, vous avez le droit de me mettre en cause parce que la politique pratiquée par le Gouvernement m'engage au premier chef. Je suis le premier responsable de la politique française⁵⁶⁰.

Lors de son premier mandat, Jacques CHIRAC parut vouloir rompre avec le mouvement initié par ses prédécesseurs. Il répéta son désir de rééquilibrer les rapports entre président de la République et Premier ministre, conformément au texte constitutionnel, pour mettre fin à « la dérive monarchique qui a caractérisé notre pays pendant trop longtemps⁵⁶¹ ». Mais, en dépit de l'habileté du langage, il ne faut pas se méprendre lorsqu'il déclare, à l'occasion de sa première investiture, que « le Président arbitrera, fixera les grandes orientations, assurera l'unité de la nation, préservera son indépendance. Le Gouvernement conduira la politique de la nation⁵⁶² ». Si le présidentielisme est apparemment « mesuré⁵⁶³ », c'est bien le président de la République qui *fixe* les « grandes orientations ». Il confirma cette conception de la présidence lors de son second mandat⁵⁶⁴. Pareillement, en dépit des annonces –

⁵⁵⁷ Tel est le titre bien connu de son ouvrage éponyme : F. MITTERRAND, *Le Coup d'État permanent*, Plon, coll. « Les débats de notre temps ». Rappelons certains mots de son réquisitoire contre la Cinquième République gaullienne : « Les élections législatives de novembre 1962 donnaient ses assises au gaullisme et semblaient entamer une période nouvelle où la France se reposerait enfin de la fantasia de coups d'État, de complots, de barricades et de putsches [*sic*] qui avaient salué l'avènement de la V^e République. Or, c'est le moment que choisit précisément le général de Gaulle pour arracher aux citoyens les dernières garanties de l'*habeas corpus*, pour rétablir la sinistre hiérarchie des systèmes totalitaires et pour substituer partout où le guide son bon plaisir la paire de menottes à la main de justice. Régime oblige : le pouvoir absolu a ses raisons que la République ne connaît pas » (p. 266-267).

⁵⁵⁸ Message adressé à l'Assemblée nationale en vertu de l'article 18 de la Constitution, dans lequel il affirma : « J'ai dit à plusieurs reprises que mes engagements constituaient la charte de l'action gouvernementale. J'ajouterai, puisque le suffrage universel s'est prononcé une deuxième fois, qu'ils sont devenus la charte de votre action législative » (*JO* du 9 juillet 1981, n°6, AN (C.R.), séance du mercredi 8 juillet 1981, p. 46).

⁵⁵⁹ La question fut posée en ces termes : « Vous êtes au pouvoir depuis le 10 mai, depuis six mois. Je voulais savoir si un président de la République peut faire n'importe quoi en France, si vous avez tous les pouvoirs ou si, au contraire, vous ressentez et où vous ressentez les pesanteurs du quotidien ? »

⁵⁶⁰ Entretien reproduit dans le journal *Le Monde* du 11 décembre 1981.

⁵⁶¹ Interview accordée au journal *Le Point*, 1^{er} septembre 1995.

⁵⁶² Discours d'investiture prononcé le 17 mai 1995 au Palais de l'Élysée, reproduit in *Le Monde*, 18 mai 1995.

⁵⁶³ Telle est l'expression retenue par le professeur JAN in *Le Président de la République au centre du pouvoir*, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁶⁴ « Le Premier ministre est un Premier ministre, il est le chef du Gouvernement et il assure la conduite de la politique de la nation. Naturellement, cette politique doit se faire, c'est souhaitable, dans le cadre de l'impulsion donnée par le chef de l'État, dans le cadre de la vision qu'il a fait approuver par ailleurs par les Français, mais le Premier ministre est un Premier ministre » déclara-t-il à Élise LUCET qui l'interrogea pour France 3, le 5 juin 2002. Il affirma, en 2006, dans une interview au journal *Le Figaro* : « L'élection présidentielle c'est une rencontre entre un homme et un peuple ; tel est l'esprit du gaullisme, telle est la logique de l'élection du président au suffrage universel » (*Le Figaro*, 31 octobre 2006).

particulièrement celles qui ont porté sur la révision constitutionnelle de 2008⁵⁶⁵ – Nicolas SARKOZY a incarné, pour beaucoup de commentateurs, un présidentielisme assumé, « décomplexé⁵⁶⁶ », une « hyper-présidence⁵⁶⁷ ». Il est aisé de le mesurer en relisant le discours d'Épinal, pourtant animé d'une volonté réformatrice : « Je souhaite que le Président gouverne, pour reprendre l'expression de Georges Pompidou qui l'a employée bien avant moi⁵⁶⁸ ». François HOLLANDE, enfin, n'est pas en reste, en dépit des critiques qui lui reprochent précisément de n'être pas suffisamment « chef » et en dépit de sa campagne électorale sur le thème d'une « présidence normale⁵⁶⁹ » ou « exemplaire⁵⁷⁰ ». Dans la veine présidentialiste de ses prédécesseurs, il affirma par exemple lors de ses vœux au Gouvernement en janvier 2014 : « Les objectifs que j'ai fixés lors de mes vœux aux Français sont désormais les vôtres⁵⁷¹ », s'affirmant alors comme le chef de l'exécutif⁵⁷².

84. À en croire une part de la doctrine comme les intéressés eux-mêmes, le président de la République serait donc non seulement le chef de l'État mais encore le chef de l'exécutif ; il serait le chef d'abord du fait de son élection au suffrage universel direct et le serait d'autant plus lorsqu'une majorité de députés le soutient. Or, plusieurs arguments permettent de

⁵⁶⁵ Voir par exemple l'entretien accordé au *Journal du dimanche* le 8 juillet 2008 ou encore *Le Monde* du 16 juillet 2008. Voir également son discours prononcé à Épinal le 12 juillet 2007, paru dans le journal *Le Monde* du 12 juillet 2007.

⁵⁶⁶ P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, op. cit., p. 206 et s.

⁵⁶⁷ Le mot a été utilisé non seulement par la presse (voir l'entretien préc., *Le Monde*, 16 juillet 2008), par des hommes politiques (R. BADINTER, « Non à l'hyperprésidence », *Le Monde*, 20 juillet 2008) mais aussi par la doctrine. En ce sens, voir P. BRUNET et A. LE PILLOUER, « Pour en finir avec l'élection présidentielle », *La Vie des idées*, paru en ligne le 4 octobre 2011 ; également R. GHEVONTIAN, « La révision de la Constitution et le président de la République : l'hyperprésidentialisation n'a pas eu lieu », *RFDC*, n°77, 2009, p. 119-133. Dans leur ouvrage, J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL ont dénommé « l'hyperprésidence » le chapitre consacré à la présidence de N. SARKOZY in *Histoire de la V^e République*, op. cit., p. 549 et s. Voir F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 373 sq.

G. CARCASSONNE contestait cette formule : « Hyper-président, Nicolas Sarkozy ? Il est beaucoup moins puissant que ne fut en son temps, par exemple, Georges Pompidou qui était autant chef mais d'un État autrement moins racorni » (G. CARCASSONNE, « Immuable V^e République », *Pouvoirs*, n°126, 2008, p. 33-34). Il confirme cette position in M. DOMINICI, *La V^e République et ses monarques*, France, HD-16/9, coul., 2013, circ. 48^e min.

⁵⁶⁸ Discours prononcé à Épinal dans la version communiquée à la presse et parue dans le journal *Le Monde* le 12 juillet 2007.

⁵⁶⁹ Voir J. GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », in *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2014, p. 305-317. L'expression est aussi utilisée in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 375 sq.

⁵⁷⁰ « 2012 : François Hollande veut une présidence "normale", "exemplaire" », *Le Point*, 30 avril 2011. Quant aux critiques et aux interrogations sur cette « normalité » affichée, voir A. LEMARIÉ, « La "normalité" de François Hollande, vrai changement ou coup de com' », *LeMonde.fr*, 7 juin 2012. Voir aussi T. WIEDER, « Le premier journal de 20h d'un "président normal" », *Le Monde*, 30 mai 2012 et du même, « Une présidence "normale" qui reste à définir », *Le Monde*, 4 juin 2012.

⁵⁷¹ Ces vœux ont été publiés en ligne sur le site de l'Élysée.

⁵⁷² L'émission à laquelle François HOLLANDE participa, en direct pendant 2h, sur la chaîne Canal+ le 19 avril 2015 fut également une démonstration du présidentielisme installé sous la Cinquième République.

montrer que la révision n'a pas modifié en droit la fonction présidentielle et n'a pas fait du président de la République un représentant concurrent du Parlement.

En premier lieu, la révision de 1962 n'a nullement modifié les attributions du président de la République et, en particulier, n'a changé ni la rédaction de l'article 5, ni celle de l'article 19, ni celle de l'article 20 de la Constitution. Le Premier ministre reste, en droit, celui qui « dirige l'action du Gouvernement⁵⁷³ », lequel « détermine et conduit la politique de la nation⁵⁷⁴ » avec le soutien et sous le contrôle du Parlement⁵⁷⁵. Le Premier ministre reste le chef de l'exécutif et de l'Administration dont « il dispose⁵⁷⁶ ». Le Président demeure l'arbitre des conflits les plus graves et bénéficie à cette fin de compétences dont l'exercice est dispensé de contreseing. Il a gagné en légitimité, certes, mais non en compétences⁵⁷⁷. On peine à admettre que la modification du mode d'élection du président de la République ait changé le sens des dispositions relatives aux compétences respectives du président de la République, du Premier ministre et du Gouvernement⁵⁷⁸.

En deuxième lieu, la source de la légitimité d'un organe ne détermine nullement l'étendue de ses prérogatives. Seules les normes en vigueur, dans un État de droit, dictent les compétences respectives de chaque organe. En troisième lieu, de telles analyses ne résistèrent pas à l'« épreuve de la cohabitation⁵⁷⁹ ». « Force est, en effet, de constater qu'institutionnellement, les élections "législatives" [...] sont toujours décisives, tandis que l'élection présidentielle, à elle seule, ne l'est jamais⁵⁸⁰. »

Enfin, il est courant d'avancer que le président de la République serait devenu représentant de la nation au sens de l'article 3 du texte constitutionnel⁵⁸¹, aux termes duquel : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du

⁵⁷³ Art. 21 de la Constitution.

⁵⁷⁴ Art. 20 al. 1 de la Constitution.

⁵⁷⁵ Art. 24 al. 1 de la Constitution.

⁵⁷⁶ Art. 20 al. 2 de la Constitution.

⁵⁷⁷ Dans le même sens, voir Ph. ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 48-49.

⁵⁷⁸ Voir O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *L'Esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 353-374.

⁵⁷⁹ L'expression est empruntée à la thèse éponyme du Professeur COHENDET : M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, *op. cit.*

⁵⁸⁰ A. LE DIVELLEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 352.

⁵⁸¹ J. GICQUEL, « Commentaire des articles 6 et 7 », art. cité ; P. AUVRET, « La faculté d'empêcher du président de la République », *RDP*, 1986, notam. p. 142.

référendum »⁵⁸². Jean MASSOT écrit ainsi sur le site du Conseil constitutionnel – dont il faut souligner le caractère officiel et de grande audience potentielle – que l'article 3 ne suffit pas forcément à ériger le président de la République en représentant de la nation. Malgré tout, il relève que :

Dans d'autres pays européens (Autriche, Finlande, Irlande, Portugal), l'élection au suffrage universel n'a pas eu durablement cet effet [*celui d'asseoir la précellence du président de la République*]. La situation en France est différente parce que l'élection au suffrage universel qui n'était pas prévue dans le texte initial [...] est venue se greffer sur la pratique gaullienne dans le but avoué de la perpétuer⁵⁸³.

Élu directement par le peuple, le président de la République serait devenu un représentant au même titre que le Parlement afin de doter la pratique gaullienne d'un fondement constitutionnel⁵⁸⁴. Mais l'argument tiré du droit comparé n'est ici guère convaincant car, par exemple, en Autriche, l'élection du président de la République au suffrage universel direct n'« était pas prévue dans le texte initial » de 1920. La révision de 1929, instaurant notamment l'élection du président de la République au suffrage universel direct n'empêcha pas la « neutralisation de la fonction présidentielle⁵⁸⁵ » en dépit de sa « forte connotation weimarienne⁵⁸⁶ ». Comme « intériorisée⁵⁸⁷ », cette neutralisation se maintint lors de la restauration de la Constitution de 1929 en 1945 après l'épisode austrofasciste conduit par DOLLFUß⁵⁸⁸. Des comparaisons avec les douze autres régimes parlementaires européens

⁵⁸² Rappelons qu'avant 1962, G. BURDEAU avançait déjà que le président de la République était représentant du peuple puisqu'il distinguait le « peuple situé », électeur du pouvoir démocratique, du « peuple abstrait » incarné par le pouvoir d'État, dont le président de la République est organe (G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », art. cité, p. 96). Pour une critique efficace, voir P. BRUNET, *Vouloir pour la nation (...)*, op. cit., p. 315 et s. ; M. DUVERGER attaqua également cette position « qui eût laissé rêveurs les ducs orléanistes de 1875 » (« Les institutions de la V^e République », *RF sc. pol.*, vol. 9, n°1, 1959, p. 129).

⁵⁸³ Texte de Jean MASSOT paru sur le site du Conseil constitutionnel dans la rubrique « La Constitution en 20 questions ».

(disponible au format PDF : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-17355.pdf>).

⁵⁸⁴ M. DUVERGER allait dans le même sens en écrivant, au sujet de la révision de 1962, que « la France est passée du gaullisme personnel au gaullisme institutionnel, puis des institutions gaulliennes à des institutions acceptées par tous » (M. DUVERGER, *La Monarchie républicaine*, op. cit., p. 24).

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 936-960. Voir aussi, sur les débats précédant la réforme de 1929, C. AMAR, *Le Président de la République dans les régimes parlementaires biresprésentatifs européens*, op. cit., p. 63-70 ; O. MILZA, *Histoire de l'Autriche*, Hatier, 1995, notam. p. 204 ; I. ACKERL, « Le régime autoritaire en Autriche de 1933 à 1938 », in F. KREISSLER (coord.), *Austriaca, numéro spécial - Autriche 1867-1938 : itinéraire politique et social*, p. 95-102.

⁵⁸⁶ A. LE DIVELLE, « La neutralisation de la Présidence de la République en Autriche », art. cité, p. 939.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 942.

⁵⁸⁸ Rappelons qu'il fut mis fin au régime parlementaire par le chancelier Engelbert DOLLFUß qui entraîna le pays dans l'austrofascisme. J. BARROCHE relève que l'expression est controversée : voir les éléments de bibliographie qu'il fournit dans sa thèse (J. BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme*, Dalloz, coll.

organisant un tel mode d'élection du président de la République sont particulièrement révélatrices d'une exception française : la France est le seul de ces régimes à connaître le plus souvent une prédominance présidentielle hors période de cohabitation⁵⁸⁹. L'élection du président de la République au suffrage universel direct ne suffit pas à expliquer ou à justifier la précellence présidentielle sous la Cinquième République.

85. Pour conclure, le président de la République n'est pas un représentant de la nation, car il n'est pas habilité à vouloir pour elle. Et même si « représenter la nation » a perdu le sens que lui conférait BARNAVE, même si « représenter » veut simplement dire « être élu », cela ne saurait justifier que le président de la République excédât les compétences que lui attribue la Constitution. Cela ne le fonderait pas à décider, en lieu et place du Premier ministre, s'agissant des actes soumis au contreseing de ce dernier. Au reste, comme l'indiquent certains auteurs, admettre l'exorbitance des pouvoirs présidentiels pose de véritables problèmes compte tenu de son irresponsabilité de principe.

B. Le président de la République n'est pas responsable politiquement au même titre que le Gouvernement

86. « L'objection pratique contre la République, c'est d'abord la difficulté [...] de définir avec netteté et de limiter expressément la responsabilité du président, afin d'empêcher que ce magistrat n'affecte adroitement d'exagérer sa responsabilité pour étendre du même coup son pouvoir », écrivait PRÉVOST-PARADOL⁵⁹⁰, faisant apparaître, à sa manière, la fonction justificatrice de la responsabilité, comme d'autres auteurs celle de la représentation.

« Nouvelle bibliothèque des thèses », p. 90 en ndbp). DOLLFUß promulgua une nouvelle Constitution qui entra en vigueur le 1^{er} mai 1934 et le resta jusqu'à l'*Anschluss* de 1938. La Constitution de 1920 fut remise en vigueur le 27 avril 1945.

⁵⁸⁹ Voir les éléments cités en introduction de la thèse (p. 27 et s.) Voir aussi les ouvrages déjà cités : E. GROSSMAN et N. SAUGER, *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'UE* ; M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, op. cit., 2013, p. 235 et s. ; J. M. DE WAELE et P. MAGNETTE (dir.), *Les Démocraties européennes*, op. cit. Voir également C. AMAR, *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, op. cit. et O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 660.

⁵⁹⁰ L.-A. PRÉVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Michel Lévy frères. Libraires éditeurs, 1868, p. 141.

Contrairement à l'idéal républicain défendu par certains révolutionnaires⁵⁹¹, le président de la République est en principe irresponsable. Comme le Gouvernement, le président de la République n'est nullement responsable devant le peuple. Il ne l'est ni en fait ni en droit (1). De surcroît, et ici à l'inverse du Gouvernement, le président de la République n'est que très marginalement responsable devant la représentation nationale (2).

1. L'absence de responsabilité politique devant le peuple

87. Nombre d'auteurs, justifiant l'importance de la fonction présidentielle sous la Cinquième République et l'effacement corrélatif du Premier ministre et du Gouvernement, déclarent que le président de la République est responsable devant le peuple, en fait, si ce n'est en droit. Il le serait d'abord lorsqu'il sollicite un second mandat⁵⁹² ; il le serait encore lorsqu'il lierait son sort à un référendum⁵⁹³ ou lorsqu'il utiliserait la dissolution de l'Assemblée nationale comme moyen de soumettre au peuple la solution d'un litige entre lui et le Parlement⁵⁹⁴. Les présidents de la République ont eux-mêmes véhiculé une telle conception du système politique. Ainsi, pour Nicolas SARKOZY :

Il y a bien sûr dans notre Constitution la responsabilité devant les électeurs, et notamment l'élection du Président de la République au suffrage universel qui le rend responsable devant la nation tout entière. Il y a bien sûr le référendum, que le Général de Gaulle concevait comme une question de confiance posée aux Français par le chef de l'État, et dont Jacques Chirac a élargi le champ⁵⁹⁵.

88. L'argument relatif à l'engagement du chef de l'État dans une seconde compétition présidentielle peut être écarté, en premier lieu, en raisonnant par l'absurde : à supposer même que le président de la République soit politiquement responsable devant le peuple lorsqu'il sollicite un nouveau mandat, il ne le serait de toute façon plus lors du second de ses mandats,

⁵⁹¹ MALOUEY affirma en 1791 : « Qu'est-ce qu'une République ? C'est un gouvernement dans lequel il n'y a point de chef et de magistrature qui ne soit amovible et responsable » (cité in M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, op. cit., p. 39). Voir P.-V. MALOUEY, *Collection des opinions de M. Malouet*, Gattey, 1792, p. 19 et s.

⁵⁹² En ce sens, voir M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2013, p. 276 : « Cette responsabilité [devant le peuple] est quasiment automatique [si le président de la République] se présente pour un nouveau mandat ». Cf. O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 711.

⁵⁹³ R. CAPITANT in G. VEDEL et F. GOGUEL, *Les Institutions politiques de la France*, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 1964, p. 21.

⁵⁹⁴ R. CAPITANT, « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du Chef de l'État », *Encyclopédie française*, t. 10, 1964 (extraits des pages 143 à 163), in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 397.

⁵⁹⁵ Discours prononcé à Épinal, préc., *Le Monde*, 12 juillet 2007.

car il lui sera interdit de se présenter une troisième fois. En effet, l'article 3 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 a inséré, à l'article 6 de la Constitution, la disposition selon laquelle : « Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs ». En deuxième lieu, et de façon plus décisive, une procédure qui ne pourrait être mise en œuvre qu'une fois par mandat et au bon vouloir de l'intéressé ne saurait être retenue comme un exemple de responsabilité. Rien n'oblige un président de la République à se présenter à nouveau et sa réélection ne signifie pas forcément l'acclamation de son mandat précédent. La réélection du Président CHIRAC en 2002 en est sûrement le meilleur exemple. Enfin, la non-réélection n'entraîne pas une perte de fonction avant le terme normal du mandat.

Quant aux hypothèses du référendum et de la dissolution utilisés comme armes par destination pour que le peuple arbitre un conflit entre le président de la République et la représentation nationale, les arguments pourraient, *mutatis mutandis*, être les mêmes. D'abord, une telle forme de responsabilité relève doublement de la décision même du président de la République et ne s'impose nullement à lui : il peut ou non décider d'utiliser le référendum ou la dissolution⁵⁹⁶ et il est libre d'en tirer les conséquences qu'il souhaite. Rien ne l'oblige, en effet, à quitter son poste en cas d'échec à ces plébiscites à peine masqués. Certes, le général DE GAULLE décida de se retirer en 1969, mais il s'agit d'une démission librement consentie et nullement contrainte par des mécanismes juridiques de responsabilité. En 1997 et 2005, Jacques CHIRAC, dans des conditions analogues⁵⁹⁷, ne s'est pas retiré. L'usage du référendum sous la Cinquième République évoque davantage le césarisme qu'un mécanisme démocratique de contrôle populaire⁵⁹⁸.

Ces différents arguments permettent de démontrer que ni la sollicitation d'un nouveau mandat, ni le référendum, ni la dissolution ne sont et ne peuvent être, en droit comme en fait – par un usage détourné –, considérés comme des mécanismes de responsabilité. En revanche, la question d'une responsabilité politique du président de la République qui serait juridiquement organisée appelle une analyse plus poussée.

⁵⁹⁶ Valéry GISCARD D'ESTAING, Nicolas SARKOZY et François HOLLANDE (entre 2012 et 2015, du moins) n'ont jamais recouru au référendum ou la dissolution.

⁵⁹⁷ Échec de la dissolution de 1997 et rejet du référendum sur la « Constitution européenne ».

⁵⁹⁸ Sur la comparaison et ses limites, voir M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, op. cit., p. 136 et s.

2. L'existence d'une responsabilité politique réduite devant les Chambres

89. Depuis 2007, la Constitution prévoit que le président de la République est politiquement responsable⁵⁹⁹. Mais les conditions de recours à une telle procédure sont particulièrement exigeantes. Un tel argument n'autorise pas à conclure qu'il est normal que le président de la République absorbe les compétences primo-ministérielles, mais il permet d'imaginer que, pour les actes non soumis à contreseing ou en cas d'actes graves, il est désormais possible de le destituer.

90. Le rapport de la Commission présidée par Pierre AVRIL en 2002 semble avoir marqué en France le point de départ d'une volonté de réformer le statut du président de la République, jusqu'alors largement jugé comme insatisfaisant au regard de la recherche d'un équilibre entre responsabilité et pouvoir (habilité ou non)⁶⁰⁰. Quoique la demande du président CHIRAC, à l'origine de la « commission AVRIL », portât sur une réflexion relative au statut pénal du chef de l'État⁶⁰¹, le rapport parut également se prononcer en faveur d'une responsabilité politique du président de la République mise en œuvre dans des cas exceptionnels⁶⁰². Quelques années après cette proposition, la Constitution fut révisée : « Le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 [...] ». L'article 53-2 de la Constitution rend le président de la République française justiciable de la Cour pénale internationale tandis que l'article 68,

⁵⁹⁹ Pour une position contraire, voir notam. M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, op. cit., 2013, p. 493 : « Pour les actes commis en tant que président, il est donc totalement et définitivement irresponsable » ; voir aussi les critiques que le professeur GOHIN formule à l'encontre de la procédure de destitution (O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 712-715).

⁶⁰⁰ Voir sur ce point l'étude un peu datée mais stimulante de C. ÉMÉRI, « De l'irresponsabilité présidentielle », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 133-150. Sur l'exigence démocratique d'un équilibre entre responsabilité et pouvoir, voir notam. P. AVRIL, « Pouvoir et responsabilité », *Mélanges Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 9-23 (p. 23 le professeur écrit, en guise de conclusion : « Le principe de responsabilité est la clef de voûte de l'édifice constitutionnel démocratique dont il inspire l'organisation au niveau des pouvoirs publics comme il commande le comportement des citoyens ») ; M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, op. cit., 2013, p. 150 et s. ; M.-A. COHENDET et A. LUCARELLI (dir.), *L'Équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir*, Actes du colloque franco-italien, organisé le 7 novembre 2014 par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II, à paraître. Pour une étude comparant les régimes français et italien et conduisant une réflexion plus large sur l'irresponsabilité du chef de l'État confrontée à sa fonction, empiriquement observée, de conduite du Gouvernement et/ou du régime, voir M. CAVINO, *L'Irresponsabilità del capo dello stato : nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Giuffrè Editore, 2008, 318 p.

⁶⁰¹ Voir en ce sens la lettre de mission annexée au rapport : COMMISSION DE RÉFLEXION SUR LE STATUT PÉNAL DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République* (dit Rapport AVRIL), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2002, p. 57.

⁶⁰² Voir notam. COMMISSION AVRIL, op. cit., p. 35 et s., et en particulier p. 37 où il est écrit : « Politique, la procédure de destitution ne constitue pas une condamnation de l'homme, mais une mesure de protection de la fonction dont celui-ci a mis la dignité en cause ».

dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007, énonce que « le président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour [...]. Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article ». Autrement dit, depuis la révision constitutionnelle de 2007, le président de la République est responsable pendant son mandat et au titre de son mandat (actes non détachables) seulement pour « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Dès lors, il semble possible d'affirmer que le président de la République est politiquement responsable des actes qui entreraient *manifestement* en contradiction avec sa fonction : il existe une responsabilité politique *minimale* du président de la République.

91. Dans le débat qui anime la doctrine quant à l'existence ou non d'une responsabilité politique du président de la République⁶⁰³, force est de remarquer que les définitions sont variées quand elles ne sont pas tues⁶⁰⁴. Mais si la « responsabilité politique » est définie comme une procédure qui permet, pour un motif politique, qu'un organe politique prononce la perte de fonction d'un autre organe⁶⁰⁵, il est possible de considérer que les articles 67 et 68 de la Constitution instituent une forme de responsabilité politique du président de la République, aussi réduite soit-elle. Compte tenu des exemples fournis par le rapport AVRIL⁶⁰⁶, il semble que le motif de destitution peut être politique : un blocage institutionnel,

⁶⁰³ Sur la réforme de 2007 et le statut présidentiel qui en résulte, certains auteurs identifient l'existence d'une responsabilité politique du président de la République (cf. J. BENETTI, « Le président de la République » in M. VERPEAUX *et alii*, *Institutions et vie politique sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 32 ; G. CARCASSONNE, *La Constitution*, *op. cit.*, p. 315 ; M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 278-279 ; P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, *op. cit.*, p. 103 et s.), d'autres récuse une telle analyse (par exemple, M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 494, qui relève que la responsabilité qui incombe au président de la République depuis 2007 n'est pas vraiment politique « puisqu'elle ne vise pas tous les actes qui seraient politiquement désapprouvés par la majorité, mais seulement les actes qui sont manifestement incompatibles avec l'exercice du mandat présidentiel »).

Avant la révision de 2007, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation étaient en désaccord quant à l'interprétation des dispositions portant sur la responsabilité du chef de l'État. Sur les décisions Cons. const., décis. n°98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, *JORF* du 24 janv. 1999, p. 1317, *Rec.* p. 29 et Cass., AP, n°01-84.922, 10 octobre 2001, *M. Breisacher*, *Bull. crim.*, p. 660, voir M. VERPEAUX *et alii*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, p. 133-142 et la bibliographie proposée.

⁶⁰⁴ Sur cette carence et la polyphonie doctrinale à ce sujet, voir les différents travaux de Philippe SÉGUR, en particulier son article « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? », *RDP*, 1999, p. 1599-1623.

⁶⁰⁵ Telle est la définition que nous avons retenue plus haut à partir des propositions du professeur TROPER (voir *supra* p. 79 et s.).

⁶⁰⁶ La Commission présidée par Pierre AVRIL visait non seulement des actes pénalement réprimés, comme le meurtre, mais aussi des actes que l'on pourrait dire politiques tels que « l'utilisation manifestement abusive de prérogatives constitutionnelles aboutissant au blocage des institutions comme les refus [...] de convoquer le Conseil des ministres, de signer les décrets en Conseil des ministres, etc. » (COMMISSION AVRIL, *op. cit.*, p. 36).

consistant par exemple à empêcher l'adoption de toutes nominations délibérées en Conseil des ministres, pourrait déclencher l'application de l'article 68 de la Constitution. L'organe devant lequel opère cette responsabilité est politique : il s'agit du Parlement, fût-il réuni en Haute Cour. La conséquence est politique puisque le président de la République perd sa fonction avant l'échéance normale.

Mais, contrairement au Gouvernement, le président de la République n'est responsable qu'« à la majorité qualifiée des deux tiers du Parlement statuant en Haute Cour⁶⁰⁷ », car « les conditions de majorité doivent traduire l'évidence et montrer que la question dépasse les clivages politiques⁶⁰⁸ ». Il résulte de cette rédaction de l'article 68 qu'il ne s'agit pas de sanctionner le fait que le président de la République ne jouirait plus de la confiance d'une majorité parlementaire – ou même du peuple – qui lui aurait été antérieurement favorable. Dans le cadre d'une démocratie où la majorité fait loi – dans le respect de la Constitution –, la responsabilité du Gouvernement devant l'une des Chambres du Parlement s'explique par l'exigence d'une confiance sans cesse implicitement renouvelée : « La révocabilité des ministres [...] ne fait que garantir dans le temps la fonction élective⁶⁰⁹ ». Dans ce même cadre, la responsabilité qui incombe à celui qui, dans le texte constitutionnel, est un arbitre disposant quasi exclusivement de compétences nominales paraît déconnectée de l'exigence d'une responsabilité fondée sur une logique majoritaire.

L'irresponsabilité du chef de l'État, à raison des actes accomplis en cette qualité, traditionnelle en régime parlementaire, ne soulève aucune difficulté dès lors que ses prérogatives sont purement nominales, et que le chef du Gouvernement et les ministres répondent de ses actes par le jeu du contreseing. En France, la situation est autre puisque le président de la République détient des pouvoirs prééminents et dispensés de contreseing⁶¹⁰.

Seuls des agissements graves – qu'ils soient ou non politiques – en ce qu'ils mettraient en péril « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics », « la continuité de l'État », « l'indépendance nationale, [...] l'intégrité du territoire et [le] respect des traités », mais encore le « respect de la Constitution »⁶¹¹, pourraient éventuellement être des motifs de destitution. Si le président de la République est principalement un arbitre, le régime de la

⁶⁰⁷ Art. 68 de la Constitution.

⁶⁰⁸ M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2013, p. 279.

⁶⁰⁹ A. LE DIVELLEC, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...)*, *op. cit.*, p. 57.

⁶¹⁰ J. BENETTI, « Le président de la République » in M. VERPEAUX *et alii*, *Institutions et vie politique sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 31.

⁶¹¹ Aux termes de l'article 5 de la Constitution.

Cinquième République ne paraît ni incohérent ni déséquilibré. Le président de la République pourrait voir sa responsabilité engagée, notamment à raison d'un (més)usage de ses actes non contresignés. Or, pour paraphraser PRÉVOST-PARADOL : « exagérer [indûment] sa responsabilité » revient à « étendre du même coup son pouvoir »⁶¹².

Au reste, précisons que, adopté en 2007, l'article 68 de la Constitution n'est entré en vigueur qu'en 2014. En effet, pour être appliqué, il nécessitait l'adoption d'une loi organique ; du moins est-ce en ce sens que fut interprété le dernier alinéa de l'article 68 aux termes duquel « une loi organique fixe les conditions d'application du présent article »⁶¹³. Il fallut attendre la loi organique n°2014-1392 du 24 novembre 2014 *portant application de l'article 68 de la Constitution* pour que puisse entrer en vigueur cette responsabilité politique toute minimale. D'autres réformes constitutionnelles à ce sujet sont d'ailleurs en cours.

92. Relativement ignorée du rapport BALLADUR de 2008⁶¹⁴, la question de la responsabilité du président de la République a été réexaminée par la commission présidée par Lionel JOSPIN en 2012. Dans le rapport intitulé *Pour un renouveau démocratique*, les membres de la Commission relèvent à titre liminaire que :

⁶¹² L.-A. PRÉVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Michel Lévy frères. Libraires éditeurs, 1868, p. 141.

⁶¹³ Pour une discussion du rapport entre loi organique et Constitution au sujet de l'article 68, voir O. BEAUD, « La mise en œuvre de la responsabilité politique du président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de loi organique prévue par l'article 68 ? », in SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *La Responsabilité du chef de l'État*, Société de Législation comparée, coll. « Colloques », 2009, p. 149-184.

⁶¹⁴ Il fut seulement proposé que le président de la République puisse être amené à « rendre compte » de son action devant la représentation nationale. Dans son discours d'Épinal précité N. SARKOZY avait affirmé : « [Je] souhaite que [le président de la République] soit amené à rendre davantage de comptes. Je souhaite donc que soit étudiée la possibilité qu'il puisse s'exprimer une fois par an devant le Parlement pour expliquer son action et pour rendre compte de ses résultats ». Qu'il s'agisse d'un mécanisme de responsabilité nous paraît hautement contestable. Le Président SARKOZY le concède d'ailleurs en ajoutant que : « même s'il ne peut y avoir de débat entre le président de la République et la représentation nationale, même s'il n'y a pas juridiquement de mise en jeu de la responsabilité, tout le monde sent bien que ce serait un engagement fort, la mise en jeu d'une forme de responsabilité intellectuelle et morale qui ne serait pas anodine et qui aurait forcément des conséquences politiques sans pour autant que la dignité de la fonction présidentielle et la fonction de recours qu'elle incarne soit le moins du monde remises en cause ». L'idée fut retenue par le comité BALLADUR (COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Une V^e République plus démocratique* (dit Rapport BALLADUR), La Documentation française, Fayard, 2007, p. 14, proposition n°5). Cette proposition donna lieu à l'introduction d'un deuxième alinéa à l'article 18 de la Constitution aux termes duquel : « [Le président de la République] peut prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès. Sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote ».

Un autre « comité BALLADUR » fut institué pour la réforme des collectivités locales, en octobre 2008. Dans les pages suivantes, le « comité BALLADUR » désignera le comité de 2007.

La procédure qui permet, par exception au principe d'immunité, de prononcer la destitution du président de la République, est ambiguë et [...] son caractère politique [...] doit être plus clairement affirmé⁶¹⁵.

À cette fin, le rapport préconise d'abandonner toute référence à la « Haute Cour », de préciser que la destitution relève du Parlement réuni en Congrès et d'intituler « Statut du président de la République » le titre IX de la Constitution. Ses conclusions ont été partiellement suivies puisque, sur proposition du Premier ministre, le Président HOLLANDE a initié une révision des articles 67 à 68-3 de la Constitution dans le cadre d'un projet de loi constitutionnelle « *relatif à la responsabilité juridictionnelle du président de la République et des membres du Gouvernement* ». Le titre IX serait intitulé « De la responsabilité du président de la République » mais la mention de la Haute Cour demeurerait. L'ambiguïté, dénoncée par le Rapport JOSPIN, quant à la nature pénale ou politique de cette responsabilité, n'est nullement levée ; peut-être est-elle maintenue à dessein. Déposé en 2013, le projet attend toujours d'être examiné par la commission des lois de l'Assemblée nationale⁶¹⁶.

93. En conclusion, il est possible de reconnaître l'existence d'une forme de responsabilité politique du président de la République. Mais, incomparable avec celle du Gouvernement d'un régime parlementaire, cette responsabilité est minimale. Cela tient d'une part, à la gravité du motif susceptible de fonder l'initiation d'une destitution, et d'autre part, aux conditions qui enserrant la procédure à suivre. Avancer que le président de la République est responsable pour justifier notamment que les actes contresignés relèvent de « pouvoirs partagés » est ainsi discutable. Couplée à l'argument du « fait majoritaire » et à celui en vertu duquel le chef de l'État représenterait la nation, l'idée selon laquelle le président de la République serait responsable ressortit au registre des justifications et sert (à dessein ou non) de caution à l'appropriation de certaines compétences primo-ministérielles par le président de la République.

Le dernier argument souvent avancé, et qui est loin d'être dépourvu de conséquences quant à la distinction entre actes contresignés ou non, est que le Premier ministre serait « responsable devant le président de la République ».

⁶¹⁵ COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, *Pour un renouveau démocratique* (dit Rapport JOSPIN), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2012, p. 67.

⁶¹⁶ Projet de loi constitutionnelle *relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du Gouvernement*, n°816, déposé le 14 mars 2013 et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

C. Le président de la République n'est pas habilité à révoquer *ad nutum* le Premier ministre

94. L'article 8 alinéa 1 de la Constitution prévoit que le président de la République met fin aux fonctions du Premier ministre « sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ». En dépit de ce que l'analyse littérale du texte permet de conclure, certains auteurs, se fondant sur cette disposition, considèrent que le président de la République peut librement révoquer le Premier ministre⁶¹⁷. Le fait majoritaire bénéficiant au chef de l'État sous la Cinquième République expliquerait ou justifierait que le Premier ministre puisse être démis de ses fonctions au bon vouloir du Président. Plus encore, la « démission-révocation » serait « la conséquence normale, voire logique, de la dépendance du Premier ministre en logique présidentialisiste »⁶¹⁸. Admettre cela emporte d'importantes conséquences sur la différence entre les actes soumis au contreseing et ceux qui en sont dispensés. Effectivement, l'Histoire constitutionnelle française et le droit comparé⁶¹⁹ montrent bien le rôle particulier du contreseing dans un régime parlementaire dualiste⁶²⁰. Dans un tel régime, les contresignataires endossent la responsabilité de leurs actes. Mais, d'une part, la menace d'une révocation prononcée par le chef de l'État oblige davantage à la négociation ; d'autre part, la concurrence de deux légitimités favorise le pouvoir décisionnel du chef de l'État. Il est alors effectivement possible de parler de « pouvoirs partagés ». Dès lors, si l'on admet que le président de la République n'est pas un représentant de la nation, il faut conclure que la Cinquième République est un régime moniste⁶²¹. Or, dans ces régimes, les ministres et le Premier ministre – ne craignant pas d'être démis de leurs fonctions par le président de la République et soutenus par le Parlement, seul représentant de la nation (au sens de BARNAVE) – peuvent lui imposer leur décision et ont un véritable pouvoir décisionnel⁶²².

⁶¹⁷ Par exemple, R. PIASTRA y voit une « interprétation non conforme » devenue « une convention de la Constitution » (*Du contreseing sous la V^e République, op. cit.*, p. 188).

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 192. Voir l'étude que l'auteur mène à propos de ce qu'il nomme « la démission-révocation », p. 192 et s.

⁶¹⁹ Voir les éléments fournis en introduction de la thèse.

⁶²⁰ C'est-à-dire un régime dans lequel le Gouvernement peut être révoqué à la fois par le Parlement et par le chef de l'État.

⁶²¹ *Contra* A. LE DIVELLEC, « Parlementarisme dualiste : entre Weimar et Bayeux », *RFDC*, n°20, 1994, p. 749-758. En particulier, le professeur écrit p. 754 : « dès l'origine, le régime parlementaire à correctif présidentiel officiellement présenté s'est mué en dualisme institutionnel, de fait d'abord, puis en droit avec la révision de 1962 ».

⁶²² Voir, par exemple, la conception de la contresignature retenue dans la décision du Tribunal constitutionnel polonais du 23 mars 2006 : Jugement n°K4/06, OTK ZU 2006, n°3 A, p. 32 (voir P. BON et D. MAUS, *Les*

Qu'il existe une négociation, un accord entre président de la République et Premier ministre, cela peut se concevoir et peut-être est-ce souhaitable ; mais la décision appartient au Premier ministre et aux membres du Gouvernement. Les désaccords éventuels se résolvent en faveur du chef de l'exécutif. Les ministres n'ont à répondre de leurs choix que devant la représentation nationale. Plusieurs arguments montrent que le régime de la Cinquième République n'est pas un régime parlementaire dualiste – mais bien un régime moniste – ce qui empêche de voir les actes soumis au contreseing comme des actes résultant d'un pouvoir décisionnel partagé⁶²³.

95. D'abord, au regard de l'interprétation linguistique, la formulation de l'article 8 alinéa 1 ne fait guère doute : le président de la République ne peut mettre fin aux fonctions du Premier ministre que si ce dernier *présente la démission* collégiale de son Gouvernement⁶²⁴. La décision appartient donc au chef du Gouvernement tandis que le président de la République est en situation de compétence liée.

L'argument intra-textuel renseigne lui aussi⁶²⁵. S'il peut advenir que le Premier ministre soit contraint à présenter la démission du Gouvernement, ce n'est qu'au titre de l'article 50 du texte constitutionnel, « lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement ». Seul le Gouvernement de Georges POMPIDOU fut ainsi contraint à la démission à la suite d'une motion de censure. Pour les autres Gouvernements, la pratique a montré que Jacques CHIRAC fut le seul à décider librement de démissionner de sa fonction en raison des dissensions l'opposant au Président GISCARD D'ESTAING⁶²⁶ ; les autres

Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes, Dalloz, « coll. Grands arrêts », 2008, p. 613 et s.). Parmi les régimes monoélectifs (et monistes), l'Italie fait figure d'exception. Pour une approche de la question du contreseing dans ce système, voir S. BONFIGLIO, *Controfirma ministeriale e responsabilità politica nei regimi parlamentari. Il dibattito in Francia e in Italia*, Giuffrè, 1997, 216 p. et, en langue française, F. LAFFAILLE, « Droit de grâce et pouvoirs propres du chef de l'État en Italie. La forme de gouvernement parlementaire et le "garantisme Constitutionnel" à l'épreuve de l'irresponsabilité et de l'autonomie normative présidentielles », *RIDC*, n°4, 2007, p. 761-804.

⁶²³ M. R. DONNARUMMA, professeur à l'Université de Naples-Federico II, rappelle les conditions de la révocation de Michel DEBRÉ en 1962 et y voit de la part de DE GAULLE « une lecture, comme d'habitude, désinvolte de la Constitution » (M. R. DONNARUMMA, « Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française », *RFDC*, n°93, 2013, note 24, p. 43).

⁶²⁴ Les auteurs qui admettent cette signification sont très nombreux. Voir, par exemple, M. VERPEAUX, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 168 : « En vertu de l'article 8 alinéa 1, le président de la République nomme le Premier ministre mais il ne peut pas le révoquer ». Souvent, même les auteurs qui présentent la pratique de la révocation comme une nouvelle règle en période de concordance de majorité admettent cette signification de l'article 8 al. 1.

⁶²⁵ À propos des méthodes d'interprétation retenues, voir *supra* p. 59 et s..

⁶²⁶ Dans l'entretien qu'il nous a accordé, Marceau LONG rend compte de cet événement. Voir annexe 2 de la

n'ont fait que répondre à une demande présidentielle (« démission-révocation ») ou subir une révocation⁶²⁷. Mais la pratique, dans un pays de droit écrit, ne fait pas la règle de droit⁶²⁸ : même non effective, la norme constitutionnelle demeure valide. Cette prétendue règle serait d'ailleurs bien fragile puisqu'elle ne jouerait plus en période de cohabitation.

Enfin, l'argument génétique confirme le caractère moniste du régime. Raymond JANOT abonde en ce sens : « Il n'y a pas une double responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et devant le président de la République, il y a la responsabilité du gouvernement devant le Parlement. C'est exactement ce qu'a voulu dire ce texte⁶²⁹ ». Charles DE GAULLE lui-même le certifia devant le Comité consultatif constitutionnel :

[Le président de la République] ne peut pas révoquer le Premier ministre, sans quoi d'ailleurs le Premier ministre ne pourrait pas gouverner avec l'esprit libre. Quand on est à la tête du Gouvernement, il faut avoir l'esprit libre. Le Gouvernement est responsable devant le Parlement, il n'est pas responsable devant le chef de l'État qui, lui, est un personnage impartial, qui ne se mêle pas de la conjoncture politique et qui ne doit pas s'en mêler⁶³⁰.

Il s'agissait donc de constituer un régime partiellement « orléaniste⁶³¹ » : le président de la République dispose de compétences dont l'exercice n'est nullement soumis à contresignature mais il n'est pas habilité à révoquer *ad nutum* le Premier ministre⁶³².

La responsabilité du Premier ministre devant le président de la République, qui s'est installée en pratique, ignore la signification du texte constitutionnel. Une partie de la doctrine l'admet parfois à raison d'une prétendue coutume, d'une convention, d'un excès de réalisme⁶³³ ou en

thèse, *infra* p. 605 et s.

⁶²⁷ R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 192 et s. L'expression « démission-révocation » est empruntée à cet auteur (p. 192).

⁶²⁸ *Contra*, en particulier, P. AVRIL, *Les Conventions de la Constitution, Normes non écrites du droit politique*, PUF, coll. « Léviathan », 1997, p. 115.

⁶²⁹ R. JANOT devant le Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958, reproduit in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 2, *op. cit.*, p. 96.

⁶³⁰ Ch. DE GAULLE devant le Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958, reproduit in *ibid.*, p. 300. Il ajouta s'agissant de la fonction du chef de l'État : « Il est là simplement – simplement est une manière de dire car cela peut être éventuellement très difficile –, mais il est là pour que les pouvoirs publics fonctionnent normalement, régulièrement comme il est prévu dans la Constitution. Il est un arbitre ; il n'a pas à s'occuper de la conjoncture politique, et c'est la raison pour laquelle, entre autres, le Premier ministre et le Gouvernement n'ont pas à être responsables devant lui ».

⁶³¹ Nous l'avons défini *supra* comme le régime conjuguant l'attribution de compétences réelles au profit de chef d'État et une double responsabilité des ministres : devant l'une au moins des Chambres du Parlement et devant le monarque.

⁶³² M. DUVERGER, « Les institutions de la V^e République », art. cité, p. 107.

⁶³³ Au sens de la théorie du Droit, telle que nous l'avons définie *supra*, p. 51 et s.

convoquant l' « esprit⁶³⁴ » de la Constitution. L'assertion abonde, à dessein ou non, dans le sens d'une précellence présidentielle.

96. En résumé, de ce que le président de la République pourrait révoquer le Premier ministre, il résulte que l'un et l'autre « partageraient » le pouvoir décisionnel pour l'adoption des actes soumis au contreseing, voire même que le Premier ministre n'aurait qu'un pouvoir de veto à leur égard⁶³⁵, conformément à la pratique du parlementarisme dualiste. Ceci serait encore justifié par le fait que le président de la République représente la nation. Enfin, cela ne serait ni inquiétant ni même déséquilibré puisque le président de la République serait responsable. Pourtant, aucun de ces trois arguments ne convainc. Le président de la République est élu au suffrage universel direct pour exercer les compétences que la Constitution lui attribue. Il n'est pas responsable au même titre que le Gouvernement car seuls ses actes « manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat » sont susceptibles d'être sanctionnés. Il n'est, au reste, pas compétent pour décider de la révocation du Premier

⁶³⁴ L' « esprit » de la Constitution a été notamment invoqué par le général DE GAULLE dans sa fameuse formule selon laquelle « une Constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique » (Extrait de la conférence de presse donnée au Palais de l'Élysée le 31 janvier 1964 in C. DE GAULLE, *Discours et messages*, t. 4 *Pour l'effort (août 1962 – Décembre 1965)*, Plon, 1970, p. 162 et s. La conférence de presse fut également reproduite dans *Le Monde* du 3 février 1964).

Il est en revanche assez déconcertant de constater que le Conseil constitutionnel a lui-même mobilisé cette expression dans les motifs de sa décision sur la loi *relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*. Voir Cons. const., décis. n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *JORF* du 7 novembre 1962, p. 10778, *Rec.* p. 27, cons. 2 : « il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Contrairement au commentaire qu'en propose Ariane VIDAL-NAQUET, nous ne pensons pas qu'il s'agisse à proprement parler d'une démarche exégétique (Voir A. VIDAL-NAQUET, « Commentaire sous CC, n°62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* », in M. VERPEAUX et alii., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, op. cit., p. 33).

Cela dit, il est remarquable que cinq des membres ayant délibéré sur cette décision aient été nommés pour participer à la rédaction de la Constitution (sur les rédacteurs de la Constitution et l'influence des nominations, voir *infra*, p. 270 et s.) : Léon NOEL (membre de mars 1959 à mars 1965), René CASSIN (membre de juillet 1960 à mars 1971), Marcel WALINE (membre de mars 1962 à mars 1971), Edmond MICHELET (membre de mars 1962 à mars 1967), Bernard CHENOT (mai 1962 à juillet 1964). Le Président COTY siégea également tandis que Jean GILBERT-JULES (membre de mars 1959 à mars 1968) – qui siégea au Comité consultatif constitutionnel en tant que membre élu – était absent. Voir, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et alii (dir.), *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2^e éd., 2014, p. 113.

⁶³⁵ Ph. ARDANT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Manuels », 26^e éd., 2014, p. 386 et s. ; D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, t. 2, op. cit., p. 186 et s. ; V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5^e éd., 2011, p. 335 ; B. FRANÇOIS, *Le Régime politique de la V^e République*, La Découverte, coll. « Repères », 3^e éd., 2006, p. 63 ; F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 535 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 423 et s. ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 240.

ministre qui est seulement responsable devant l'Assemblée nationale. De ce point de vue, il n'y a aucune raison d'admettre que la portée du contreseing ait changé. Rien ne permet d'affirmer qu'« avant 1958, le contreseing avait pour effet de transférer au Gouvernement responsable la totalité des compétences que le Président n'exerçait que nominalement et en apparence », tandis que « depuis 1958, si le contreseing associe le Gouvernement à la décision du Président, la volonté de ce dernier peut peser d'un poids décisif mais à condition qu'il soit soutenu par une majorité de même orientation »⁶³⁶.

La dichotomie entre « pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés », qui peine à restituer les nuances, s'incline face à la réalité (en fonction de la variation des majorités) et charrie de lourds présupposés. Elle gagne donc à être reformulée.

§2. « Pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés », une distinction à reformuler

Après avoir proposé une nouvelle grille de lecture des compétences du président de la République (A), il sera possible de l'appliquer aux nominations soumises à son seul seing (B).

A. Proposition d'une nouvelle typologie des compétences du président de la République

97. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN et Pierre PACTET écrivent qu'en vertu de ses pouvoirs propres :

Le président de la République est habilité à décider seul – même s'il peut ou s'il doit recueillir auparavant certains avis – sans avoir à obtenir le contreseing du Premier ministre ou d'un autre membre du Gouvernement⁶³⁷.

L'incise est discrète, elle paraît dérisoire, mais elle est juridiquement et politiquement de taille. Les « pouvoirs propres » sont bien souvent présentés comme des pouvoirs d'exercice

⁶³⁶ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 424.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 423.

solitaire⁶³⁸, des « pouvoirs personnels⁶³⁹ » dont le Président « est le seul maître⁶⁴⁰ ». Et cette affirmation, qui apparaît comme un postulat, incite ensuite les auteurs à avancer que les actes contresignés relèvent des « pouvoirs partagés » pour l'exercice desquels Premier ministre et président de la République doivent « co-décider »⁶⁴¹. Si certains auteurs soulignent que le terme « pouvoir propre » est impropre – notamment parce qu'il ne s'agit pas toujours de pouvoirs autocratiques, au sens étymologique du mot – leurs arguments méritent également d'être interrogés (1), ce qui permettra de proposer une autre typologie (2).

1. D'une typologie alternative à l'abandon de la distinction

98. Dans son commentaire de la Constitution, Guy CARCASSONNE écrit à l'encontre de la distinction discutée que :

En premier lieu, il est des pouvoirs qui, quoique soumis à contreseing, sont bien des pouvoirs propres au Président en ce que lui seul peut les utiliser et qu'aucune autre procédure ne permet de parvenir à un résultat équivalent (nouvelle délibération de l'article 10, par exemple). En deuxième lieu, et en sens inverse, plusieurs des pouvoirs de l'article 19 sont des pouvoirs partagés en ce sens que le président de la République, quoique dispensé de contreseing, ne peut agir seul : s'il peut nommer le Premier ministre, c'est à condition que la place soit vacante ; s'il peut convoquer un référendum, c'est à condition que le Gouvernement ou les assemblées lui en aient fait la proposition. En troisième lieu enfin, certains de ces pouvoirs lui sont d'autant moins propres qu'il n'en a pas le monopole : ainsi des nominations au – et surtout des saisines du – Conseil constitutionnel. Pour toutes ces raisons, il est sage de s'en tenir à la dénomination de pouvoirs sans contreseing, seule sûre, plutôt que de recourir à des adjectifs, tous discutables⁶⁴².

De prime abord, la critique du professeur CARCASSONNE est séduisante car elle déplace la question relative à ces pouvoirs propres. Il ne s'agit pas de se demander si le président de la

⁶³⁸ La majorité des auteurs s'accordent à présenter les « pouvoirs propres » de cette façon. Voir en ce sens, par exemple, M. DUVERGER, *La Monarchie républicaine*, Robert Laffont, coll. « Libertés 2000 », 1974, p. 138 et s. ; J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 239.

⁶³⁹ L'expression se retrouve sous la plume de divers auteurs des débuts de la Cinquième République. Par exemple, J. CHATELAIN, *La Nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, op. cit., p. 93 ou encore M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 1961, p. 651.

⁶⁴⁰ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 361.

⁶⁴¹ En ce sens, D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, t. 2, op. cit., p. 186 et s. ; V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 335 ; F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 535 ; B. FRANÇOIS, *Le Régime politique de la V^e République*, op. cit., p. 63 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 423 et s. ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 240.

⁶⁴² G. CARCASSONNE, *La Constitution*, op. cit., p. 120.

République décide seul – comme le suggéraient Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN et Pierre PACTET –, mais de savoir si le président de la République bénéficierait, seul, des compétences concernées et si leurs conséquences seraient uniques, fussent-elles soumises à contreseing. C'est bien ce que semblent suggérer les premier et troisième éléments de critique : le professeur CARCASSONNE proposait ainsi un nouveau critère de définition des pouvoirs propres. Toutefois, son deuxième argument renoue avec le questionnement classique de l'exercice solitaire ou « partagé » du pouvoir. Or, l'exercice solitaire d'une compétence par le président de la République ne paraît pas être un critère discriminant car pour l'exercice de certains pouvoirs dits « propres », comme pour tous les pouvoirs dits partagés, le président de la République n'agit pas seul. Quant à la question de savoir si le président de la République a le monopole d'une compétence considérée – Guy CARCASSONNE cite la sollicitation d'une seconde lecture –, elle ne fait sens qu'autant que l'on mesure la faculté de blocage dont bénéficie le Premier ministre à raison de son contreseing.

99. Une autre critique est adressée à cette distinction par Dominique CHAGNOLLAUD qui considère que, si elle est « la plus simple », elle est néanmoins « inopérante » car sujette aux évolutions de la majorité parlementaire⁶⁴³. Hors cohabitation, le président de la République disposerait à la fois des compétences soumises à contreseing et non soumises à contreseing. Dans une telle configuration, il maîtriserait donc tous les pouvoirs. À l'inverse, si le président de la République est contraint à la cohabitation, ses « pouvoirs propres » sont en partie paralysés⁶⁴⁴. Le professeur récuse ainsi la dichotomie usuelle en notant son déficit de réalisme. Il paraît l'abandonner purement et simplement. Effectivement, la pratique semble dissoudre la distinction entre « pouvoirs propres » et « pouvoirs contresignés ». Mais, de nouveau, la simple observation de la pratique n'est d'aucun secours lorsque le juriste entend rendre compte du droit en vigueur : ce n'est pas parce qu'en fait l'article 19 paraît s'effacer lorsque le président de la République dispose du soutien d'une majorité de députés à l'Assemblée nationale, qu'en droit la Constitution a changé⁶⁴⁵. Ce n'est pas parce que la pratique contredit le droit que les normes cessent d'être valides et qu'il est impossible de les respecter.

⁶⁴³ D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain, op cit.* p. 188.

⁶⁴⁴ *Loc. cit.*

⁶⁴⁵ O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », art. cité. L'auteur conclut ainsi : « Un changement de sens est un changement de norme et un changement de norme est normativement déterminé » (p. 374).

2. Une reformulation de la distinction

100. La distinction à la fois la plus neutre et la plus convaincante paraît être celle qui fait simplement le départ entre les actes soumis à contreseing et ceux qui en sont dispensés. Une telle typologie est retenue par certains auteurs⁶⁴⁶. Elle a l'avantage de se fonder sur le texte constitutionnel sans varier avec les configurations partisans : elle s'applique notamment en période de cohabitation comme hors cohabitation. Une telle position invite en même temps à reconsidérer, comme le fait volontiers la doctrine des autres États européens, la fonction substantielle de la contresignature dans son rapport à la responsabilité gouvernementale et donc, indirectement, dans son rapport à la volonté de la représentation nationale.

Il est cependant possible de dépasser cette première dichotomie, en présentant, conformément à ce que l'Histoire du parlementarisme enseigne, les actes soumis à contreseing comme des actes par lesquels, contrairement à ceux qui en sont dispensés, le président de la République n'exerce pas de pouvoir décisionnel⁶⁴⁷. Les actes contresignés relèveraient donc des compétences nominales du chef de l'État : « Le président intervient là comme un notaire qui authentifie la décision d'autres organes⁶⁴⁸ ». Les seconds sont des actes par lesquels le président de la République exerce effectivement le pouvoir décisionnel avec ou sans le concours d'autres autorités. Ainsi certains auteurs proposent-ils de distinguer les pouvoirs formels (ou nominaux), des pouvoirs réels⁶⁴⁹. Séduisante par sa simplicité et sa fidélité au texte constitutionnel, cette distinction mérite cependant encore d'être précisée.

⁶⁴⁶ Cette typologie est utilisée par exemple dans *in* G. CARCASSONNE, *La Constitution, op. cit.*, p. 120. Voir aussi L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 17^e éd., 2014, p. 696 et s. Mais les auteurs considèrent que les actes dispensés de contreseing assurent « une plus grande autonomie du président de la République vis-à-vis du Premier ministre et du Gouvernement » (p. 696). Il n'est pas certain que cela soit exact attendu que, sur les huit compétences, dont l'exercice est dispensé de contreseing, quatre exigent l'avis, la proposition ou la consultation du Premier ministre ou du Gouvernement. Denis BARANGER retient aussi la distinction entre les pouvoirs soumis ou non à contreseing, mais il ajoute que, pour les seconds, le pouvoir est discrétionnaire (*Le Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, p. 95). Là encore, l'affirmation est contestable (voir nos remarques *infra*).

⁶⁴⁷ Bien des auteurs vont dans ce sens. Ainsi, J.-C. COLLIARD écrit-il que « historiquement, le contreseing, conçu pour donner un responsable à un acte dont l'auteur principal ne l'est pas, fait passer le véritable pouvoir du signataire irresponsable au contresignataire responsable » (« Que peut le président ? », *Pouvoirs*, n°68, 1994, p. 17). Voir aussi C. AMAR, *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens, op. cit.*, p. 227.

⁶⁴⁸ B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 459.

⁶⁴⁹ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 462 ou du même auteur, « Cohabitation et Constitution », *Pouvoirs*, n°91, 1999, p. 45.

101. D'abord, les actes du Premier ministre peuvent, eux-aussi, être contresignés⁶⁵⁰. Or, il serait faux de dire que lorsque ses actes sont contresignés par un ministre, le Premier ministre n'exerce qu'un pouvoir formel, car, en toute hypothèse, le Premier ministre en assume la responsabilité. Il est donc nécessaire de préciser que, si le contreseing est toujours un moyen d'endosser la responsabilité, il opère comme transfert de pouvoir seulement s'agissant des actes du chef de l'État, donc au titre de l'article 19 de la Constitution⁶⁵¹. Ensuite, le recours au terme « *pouvoir* formel » ou « réel » pourrait utilement être abandonné au profit du terme « compétence ». Une compétence formelle du président de la République correspondrait à une absence de pouvoir décisionnel habilité ; tandis qu'à une compétence réelle correspondrait un pouvoir décisionnel effectif et habilité. Enfin, la dichotomie ne rend pas suffisamment compte de la diversité des compétences réelles. Il semble utile, sinon nécessaire, de faire le départ entre des compétences réelles inconditionnées et des compétences réelles conditionnées. Pour ces dernières, le président de la République, en vertu de normes constitutionnelles, est soumis à certaines conditions contraignant plus ou moins sa prise de décision ; il est par exemple tenu de solliciter l'avis obligatoire ou conforme d'un autre organe⁶⁵² ou d'obtenir une proposition⁶⁵³.

Pour ces raisons nous distinguerons les compétences réelles inconditionnées, les compétences réelles conditionnées et les compétences formelles.

B. Application à la compétence de nomination du président de la République

102. Compte tenu de la nouvelle typologie proposée pour saisir les diverses compétences présidentielles, la grande majorité des nominations soumises à la signature du président de la République relève d'une compétence formelle du chef de l'État. Il en va ainsi des décrets de nominations adoptés en vertu de l'article 13 de la Constitution^{654/655}. Mais il en va de même

⁶⁵⁰ L'article 22 de la Constitution énonce en effet : « Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution ».

⁶⁵¹ Sur le contreseing des ministres, voir *infra* p. 353 et s.

⁶⁵² En vertu de l'article 56 al. 1 de la Constitution, il ne peut nommer un membre du Conseil constitutionnel qu'après *avis* des commissions permanentes compétentes dans chaque assemblée.

⁶⁵³ Par exemple, en vertu de l'article 11 de la Constitution, il « *peut* soumettre au référendum tout projet de loi » mais seulement « *sur proposition* du Gouvernement ».

⁶⁵⁴ Il s'agit des nominations visées par le texte constitutionnel lui-même mais également des nominations prises

de la nomination des ministres (art. 8 al. 2)⁶⁵⁶, de la nomination de personnalités qualifiées siégeant au Conseil supérieur de la magistrature (art. 65)⁶⁵⁷ ou encore de celle du Défenseur des droits (art. 71-1)⁶⁵⁸. Puisque l'article 19 n'exonère pas ces actes de contreseing, le Premier ministre est dès lors seul à jouir du pouvoir de désignation à leur égard, sous réserve du pouvoir décisionnel incombant, le cas échéant, aux autres autorités participant au processus de nomination⁶⁵⁹. En revanche, la Constitution dispense de contreseing la nomination du Premier ministre (art. 8 al. 1) et de trois des membres du Conseil constitutionnel (art. 56). Dans ces deux cas, le président de la République bénéficie d'une compétence réelle qui n'en est pas moins conditionnée.

En dépit des apparences et des faits, le président de la République n'a pas, pour ce qui concerne ces nominations, un « pouvoir propre » qui serait à la fois un pouvoir personnel et un pouvoir discrétionnaire.

1. La nomination du Premier ministre : une compétence réelle indirectement conditionnée

103. Il est tentant d'affirmer avec Guy CARCASSONNE que la nomination du Premier ministre par le président de la République relève des « pouvoirs propres » de ce dernier « puisqu'aucune autre procédure ne permet de parvenir à un résultat équivalent⁶⁶⁰ ». Il ne

en vertu des textes de concrétisation de l'article 13 de la Constitution (sur cette architecture très particulière et critiquable, voir *infra* p. 198 et s.).

⁶⁵⁵ L'article 13 a connu deux modifications. La première date de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. À l'alinéa 3, la mention des « représentants du Gouvernement dans les territoires d'outre mer » a été remplacée par « les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie ». La seconde, plus importante, résulte de la révision du 23 juillet 2008 : un cinquième alinéa a été ajouté qui prévoit que, pour édicter certaines nominations, le président de la République doit préalablement recueillir l'avis des commissions permanentes compétentes dans chaque assemblée. Cette révision est étudiée dans le dernier titre de la thèse (p. 451 et s.).

⁶⁵⁶ Article non modifié depuis le 4 octobre 1958.

⁶⁵⁷ S'agissant des nominations pourvues par le président de la République, cet article a connu de profonds bouleversements. Dans sa version initiale, il était prévu que le président de la République nommait, « dans les conditions prévues par une loi organique », les neuf membres du Conseil supérieur de la magistrature. La loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993 a modifié la composition du Conseil en prévoyant notamment la présence de trois personnalités qualifiées « désignées respectivement par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat ». Enfin, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 soumet ces nominations à la procédure d'avis établie à l'article 13 al. 5 de la Constitution.

⁶⁵⁸ Cet article a été introduit par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008.

⁶⁵⁹ Sur la pluralité des participants au processus de nomination, voir *infra* le chapitre qui y est dédié (p. 331 *sq.*)

⁶⁶⁰ G. CARCASSONNE, *La Constitution, op. cit.*, p. 120.

s'agit cependant pas d'un « pouvoir propre » au sens où l'acte serait absolument inconditionné.

L'exégèse enseigne d'abord que l'acte de nomination du Premier ministre a été intégré à la liste des exceptions formulées par l'article 19 de la Constitution, car une telle contresignature eût été dépourvue d'utilité. En effet, d'un point de vue de la technique juridique et de l'exigence de responsabilité qui s'attache au contreseing, il peut sembler étonnant de faire contresigner celui qui, par hypothèse, ne saurait assumer l'acte qui le prive de sa fonction. Telle était pourtant la solution retenue en France en 1946. Certaines Constitutions en vigueur admettent encore ce « contreseing de complaisance⁶⁶¹ », qui demeure cependant l'exception⁶⁶². En effet, parmi les vingt-sept régimes parlementaires de l'Union Européenne, quinze dispensent de contreseing la nomination du Premier ministre par le président de la République⁶⁶³. Pour ceux que Guy CARCASSONNE qualifiait de « démocrates paranoïaques⁶⁶⁴ », une telle mesure de dispense est sans doute rassurante puisqu'elle empêche un Premier ministre refusant de se démettre de bloquer la nomination de son successeur. Cette crainte animait Jules RAMANORY qui, lors des débats de la seconde Assemblée constituante de 1946, proposa de dispenser de contreseing la nomination du président du Conseil:

Si le président du Conseil des ministres démissionnaire refuse de contresigner l'acte du président de la République désignant son successeur, il ne sera pas possible de désigner le nouveau président du Conseil⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ R. BELIN in D. MAUS et O. PASSELECQ (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 51.

⁶⁶² C'est le cas en Belgique, en Bulgarie, au Danemark, en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas ou au Royaume-Uni. Notons que la Constitution autrichienne, en vertu de son article 70, prévoit que la nomination du Chancelier fédéral est contresignée par le nouveau Chancelier lui-même tandis que la Constitution espagnole confie cette contresignature au président du Congrès (art. 56 et 62).

⁶⁶³ Allemagne, Croatie, Estonie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Roumanie. La Hongrie, la Slovénie et la Suède ne sont pas mentionnées ici dans la mesure où le Premier ministre est élu et non nommé. Le Premier ministre est élu en Hongrie (sur proposition du président de la République, art. 16), en Slovénie (art. 111 : « Le Président de la République, après avoir pris conseil auprès des dirigeants des groupes de députés, propose à l'Assemblée nationale un candidat au poste de président du Gouvernement ») et en Suède (sur proposition du président de l'Assemblée [*Riksdag*], chap. 6, art. 2). Précisons qu'en Finlande, il est élu puis formellement nommé.

⁶⁶⁴ G. CARCASSONNE, « Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit » (au sujet du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), *CCC*, n°27, 2010 (disponible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/un-plaidoyer-resolu-en-faveur-d-un-tel-contrôle-sagement-circonscrit.51432.html>)

⁶⁶⁵ Intervention de J. RAMANORY, *JORF* du 5 septembre 1946, n°87, *Débats de l'Assemblée nationale constituante* (C.R.), séance du 4 septembre 1946, p. 3525. Voir aussi J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 465.

Il fallut attendre 1958 pour que cette crainte fût levée. Le contreseing n'est désormais plus requis dans ce cas. Une analyse systémique confirme que cette mesure ne saurait être indûment interprétée comme confiant au président de la République un pouvoir personnel et absolument inconditionné.

104. La fonction élective du Parlement, s'il est rare qu'elle soit directe⁶⁶⁶, est positivement énoncée dans nombre de Constitutions⁶⁶⁷ qui prévoient que, pour choisir le Premier ministre, le chef de l'État doit respecter la proposition de la Chambre⁶⁶⁸, qu'il ne doit agir qu'avec son approbation préalable⁶⁶⁹ ou encore qu'il doit prendre en compte les résultats des élections législatives⁶⁷⁰. L'article 98 de la Constitution croate est limpide à ce sujet : « Le président de la République doit [...] confier la tâche de former le Gouvernement à la personne qui, en se fondant sur la distribution des sièges au Parlement croate et les consultations achevées, jouit de la confiance de la majorité des députés ».

En France, la Cinquième République s'est départie de l'ancien mode de nomination du Premier ministre que prévoyait la Quatrième République⁶⁷¹. En vertu du texte de 1946, le chef de l'État ne pouvait nommer le président du Conseil qu'après « les consultations d'usage » et après qu'il eut « été investi de la confiance de l'Assemblée au scrutin public et à la majorité absolue des députés »⁶⁷². Le texte adopté en 1958 se contente d'énoncer que « le président de

⁶⁶⁶ C'est le cas en Hongrie, en Slovénie et en Suède.

⁶⁶⁷ Pour une étude de droit comparé sur la nomination du Premier ministre, voir C. AMAR, *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, op. cit., p. 195-209. Toutefois la thèse n'est plus à jour sur certains points, attendu que des révisions constitutionnelles sont intervenues depuis. C'est le cas notamment de la Croatie qui a régulièrement cherché à réduire les pouvoirs présidentiels. En ce sens, voir B. KOSTADINOV, « Le statut du président de la République en Croatie (1990-2008) », *Revue d'études politiques et constitutionnelles Est-Européennes*, n°1-2, 2009, p. 19-29.

⁶⁶⁸ Par exemple, art. 13§1 de la Constitution irlandaise.

⁶⁶⁹ Par exemple, art. 92 de la Constitution lituanienne.

⁶⁷⁰ Voir art. 187 de la Constitution du Portugal et art. 80 de la Constitution de Malte.

⁶⁷¹ Sur les idées des réformistes-résistants à ce sujet et l'influence d'André HAURIOU dans l'adoption de la procédure définitivement constitutionnalisée, voir J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 206 et 207, et plus particulièrement p. 442 et s.

⁶⁷² Art. 45 de la Constitution française de 1946.

Contrairement à ce qu'affirmait J. CHATELAIN, cherchant à valoriser le rôle du président de la République dans la nomination du Premier ministre sous la Cinquième République, la Constitution de 1946 ne se limitait pas à dire que le président de la République « désignait » le Premier ministre. Le texte distinguait la désignation et la nomination. La désignation était précédée de consultations et suivie d'une présentation « à l'Assemblée nationale [du] programme et [de] la politique du Cabinet », elle-même suivie d'un vote d'investiture. Ce n'est qu'après ce vote de « confiance » que le président du Conseil et les ministres « [pouvaient] être nommés ». Les deux régimes prévoient bien la *nomination* du Premier ministre par le président de la République (voir J. CHATELAIN, *La Nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, op. cit., p. 76 et s.).

la République nomme le Premier ministre »⁶⁷³. De prime abord, la tournure est suffisamment lapidaire pour qu'il faille admettre que le président de la République dispose en l'occurrence d'une compétence réelle inconditionnée. Effectivement, pour qu'elle entre en vigueur, la nomination du Premier ministre n'a nullement besoin d'être précédée d'un vote d'investiture : la signature présidentielle donne « effet immédiat » à cette nomination⁶⁷⁴. Pourtant, la fonction élective du Parlement oblige nécessairement le président de la République. Le Gouvernement est politiquement responsable devant l'Assemblée nationale et l'article 49 alinéa 1^{er} de la Constitution, visant à « organiser des relations de solidarité entre le gouvernement et sa majorité⁶⁷⁵ », impose⁶⁷⁶ au Premier ministre d'engager « la responsabilité du Gouvernement sur son programme ». En dépit de la méconnaissance de cet article à compter de la II^e législature⁶⁷⁷, il n'en reste pas moins, suivant une approche holistique de la Constitution de la Cinquième République, que le président de la République est indirectement contraint par les suffrages et par la composition de la Chambre. « Aucun Gouvernement ne peut être durablement constitué sous la V^e République s'il n'a pas la confiance de la majorité de l'Assemblée⁶⁷⁸ ». En d'autres termes, l'article 8 alinéa 1 ne fait nullement échec à la

⁶⁷³ D'autres textes constitutionnels sont aussi évasifs que l'article 8 al. 1 sur ce point. Ainsi la Constitution autrichienne énonce-t-elle, en son article 70, dans une formule très proche : « Le président fédéral nomme le chancelier fédéral et, sur proposition de celui-ci, les autres membres du gouvernement fédéral ». L'alinéa 3 ajoute cependant une condition de fond : « Ne peut être nommé chancelier fédéral, vice-chancelier ou ministre fédéral que celui qui est éligible au Conseil national ». Cela suppose notamment de posséder la nationalité autrichienne, d'avoir plus de 19 ans et de ne pas être privé d'éligibilité en vertu d'une condamnation judiciaire (art. 26 de cette Constitution). Pareillement, la Constitution danoise énonce que « le roi nomme et révoque le Premier ministre » (art. 14). Tel est l'élément qui permet à certains auteurs, scandinaves en particulier, de parler de « parlementarisme négatif » : les assemblées ne participeraient pas *positivement* à la formation du Gouvernement, la confiance parlementaire serait présumée. En ce sens, A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? (...) », art. cité, p. 5 (du PDF disponible en ligne). Cette expression n'a cependant pas exactement le même sens sous la plume du professeur LE DIVELLEC. Pour lui, « le parlementarisme négatif (ou la logique négative du parlementarisme) n'impose qu'une faible légitimation du gouvernement et de ses actions par le parlement, si bien que ce dernier n'exerce qu'une influence négative ; le parlementarisme positif, au contraire, impose une forte dépendance juridique et politique de l'Exécutif vis-à-vis du parlement, dont l'influence sur la conduite de la politique nationale s'avère relativement élevée » (*ibid.*, p. 12 du PDF).

⁶⁷⁴ Cons. const., décis. n°2002-19 ELEC du 22 mai 2002, *M. Hauchemaille et Association DECLIC*, cons. 6, *JORF* du 25 mai 2002, p. 9547, *Rec.* p. 127.

⁶⁷⁵ J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 232.

⁶⁷⁶ Pour une justification de cette position, voir M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 522. Dans le même sens, M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁷⁷ Pour des développements sur la manière « subreptice » puis « solennelle » avec laquelle l'investiture fut abandonnée, voir J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 232.

⁶⁷⁸ J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 237.

fonction électorale qui « existe cependant comme norme d'habilitation, toutes les fois que le parlement peut renverser le Gouvernement⁶⁷⁹ ».

105. En situation de cohabitation, le choix du Premier ministre est manifestement conditionné par la fonction électorale de l'Assemblée nationale. Ainsi est-il pour le moins caustique de voir François MITTERRAND nommer Jacques CHIRAC⁶⁸⁰ puis Édouard BALLADUR⁶⁸¹, ou Jacques CHIRAC nommer Lionel JOSPIN⁶⁸² au poste de Premier ministre. Dans cette configuration institutionnelle – puisqu'il fut entendu que le président de la République ne démissionnerait pas dans une telle hypothèse⁶⁸³ – le chef de la majorité parlementaire s'impose au chef de l'État⁶⁸⁴. Jacques CHIRAC écrit dans ses *Mémoires* :

⁶⁷⁹ A. LE DIVELLE, « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, op. cit., p. 190. Le professeur écrit dans le même sens : « Lorsque cette fonction de création [du Gouvernement] ne résulte pas d'une compétence procéduralement fixée par le droit, la faculté reconnue juridiquement ou conventionnellement au Parlement de renverser le cabinet permet au corps représentatif d'imposer son choix à l'organe investi de la compétence de nomination » (A. LE DIVELLE, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...)*, op. cit., p. 569).

⁶⁸⁰ Pour le récit de cette nomination par l'intéressé lui-même, voir J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 1 *Chaque pas doit être un but*, NiL, 2009, p. 317-326.

⁶⁸¹ Jacques CHIRAC, chef de l'opposition, aurait dû être nommé Premier ministre pour cette seconde cohabitation. Comme il l'indique lui-même, c'est sur son « instigation » qu'Édouard BALLADUR a obtenu le poste : « Une répartition des tâches, en quelque sorte, Édouard BALLADUR dirigeant le Gouvernement pendant que je me consacrerai à l'élection présidentielle » (J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 1, op. cit., p. 403). Pour des raisons qui se comprennent aisément, Édouard BALLADUR ne fournit pas la même version de sa nomination à Matignon. Comme il le relate dans ses propres mémoires, il considère qu'il ne doit sa nomination à personne d'autre qu'à lui-même. En ce sens, voir É. BALLADUR, *Le pouvoir ne se partage pas. Conversations avec François Mitterrand*, Fayard, 2009, p. 29-32. Pour une description des tensions entre les deux hommes, voir *ibid.*, p. 107-112.

⁶⁸² Pour le récit du début de cette troisième cohabitation, voir L. JOSPIN, *Le temps de répondre (Entretiens avec A. DUHAMEL)*, Stock, 2002, p. 86-98 ; L. JOSPIN, *Lionel raconte Jospin. Le sens d'une vie (Entretiens avec P. FAVIER et P. ROTMAN)*, Seuil, coll. « Points », 2010, p. 235 et s. Pour le récit du point de vue du Président CHIRAC, voir J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2 *Le Temps présidentiel*, NiL, 2011, p. 207 et s. (chapitre à l'intitulé prometteur : « Domaine réservé »).

⁶⁸³ Sur ce sujet, voir M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, op. cit., p. 24 et s.

⁶⁸⁴ Sur la première expérience de cohabitation et le « diktat » de la majorité », voir M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, op. cit., p. 197 ; en ce sens également O. DUHAMEL, « Les cinq innovations de l'alternance », *Le Monde*, 26 mars 1986.

Jacques ATTALI, ancien conseiller de François MITTERRAND, rapporte que certains responsables socialistes auraient préféré que le président de la République nommât Jacques CHABAN-DELMAS au lendemain des législatives qu'ils perdirent. L'auteur affirme que CHABAN-DELMAS s'est vu offrir le poste mais déclina l'offre au motif que « Chirac tient tout et bloquera le Parlement si quelqu'un d'autre que lui est désigné » (J. ATTALI, *Verbatim II, 1986-1988*, Fayard, 1995, p. 13-14). Lionel JOSPIN aurait d'ailleurs eu cette phrase : « Il y a deux arguments forts contre Chirac : d'abord le Président n'aura contre lui que des armes lourdes, pas d'armes de gestion courante ; ensuite, s'il le nomme, il perdra son droit de nomination des fonctionnaires. Chirac va vouloir exercer un pouvoir total sur l'administration » (*loc. cit.*).

La pratique de la cohabitation veut que le président de la République fasse appel au leader du parti majoritaire, sauf si celui-ci, comme je l'ai fait en 1993, décide à tort ou à raison de s'effacer au profit de l'un des siens⁶⁸⁵.

Mais, même hors période de cohabitation, le président de la République est indirectement tenu par le résultat des élections législatives, car demeurent le fait majoritaire et l'union entre le Gouvernement et la majorité⁶⁸⁶. Tous les Premiers ministres de la Cinquième République appartenaient au parti politique majoritaire⁶⁸⁷, à l'exception de Raymond BARRE qui, lors de sa nomination, était un universitaire sans étiquette, quoiqu'il ne tardât pas à rejoindre l'UDR⁶⁸⁸. Par surcroît, même dans de telles circonstances, le président de la République peut se voir imposer le Premier ministre. Ainsi Valéry GISCARD D'ESTAING dut-il se résoudre à nommer le gaulliste Jacques CHIRAC en 1974⁶⁸⁹.

L'acte par lequel le président de la République nomme le Premier ministre est donc, indirectement, lié par la configuration partisane de l'Assemblée nationale qui conserve cette « fonction première et principale du parlement dans un système parlementaire⁶⁹⁰ » : la fonction « élective » de création du Gouvernement⁶⁹¹. L'idée selon laquelle il s'agirait d'un « pouvoir propre », si bien que le Premier ministre « procéderait du président de la République⁶⁹² », « n'a jamais été autre chose qu'une illusion d'optique. Elle feint de pouvoir interpréter l'article 8 de la Constitution indépendamment de l'article 50, ce qui est tout simplement intenable⁶⁹³ ».

⁶⁸⁵ J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2, *op. cit.*, p. 207-208.

⁶⁸⁶ Voir J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸⁷ Même si tous n'étaient pas des parlementaires, tels Georges POMPIDOU ou Dominique DE VILLEPIN.

⁶⁸⁸ Avant cette nomination, Raymond BARRE était ministre du commerce extérieur et ses idées étaient suffisamment œcuméniques pour satisfaire à la fois les partisans gaullistes d'un CHIRAC qui venait de faire scission et les fidèles de l'UDR « non-chiracienne ». Voir le récit que le Président GISCARD D'ESTAING livre de cette nomination in *Le Pouvoir et la vie*, t. 2 *L'affrontement*, Compagnie 12, 1991, p. 126 et s. Voir aussi G. VALANCE, *VGE : Une vie*, Flammarion, 2011, chap. V.

⁶⁸⁹ Pour le récit de Jacques CHIRAC, voir J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 1, *op. cit.*, p. 166 et s. Voir aussi B. FRANÇOIS, *Le Régime politique de la V^e République*, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁹⁰ A. LE DIVELLEC, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...)*, *op. cit.*, p. 569.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 568.

⁶⁹² Selon la fameuse expression gaullienne quasiment consacrée qui se révèle en creux, par exemple, dans le « Résumé d'une conversation du général DE GAULLE à bord de la caravelle en rentrant d'Algérie le 6 juin 1958 établi par M. François Luchaire » : « Le Gouvernement ne doit en aucun cas procéder du Parlement » (COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 1, *op. cit.*, p. 235).

⁶⁹³ A. LE DIVELLEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », art. cité, p. 352.

La nomination du Premier ministre est donc une compétence réelle indirectement et relativement conditionnée. Il en va de même des nominations au Conseil constitutionnel.

2. La nomination des conseillers constitutionnels : une compétence réelle directement conditionnée

106. Comme pour la nomination du Premier ministre, il est également possible d'affirmer que le président de la République ne jouit pas d'un pouvoir absolument discrétionnaire de désignation des conseillers constitutionnels. Car si aucune condition pour aspirer au poste de conseiller constitutionnel n'est requise en France⁶⁹⁴, une contrainte directe s'exerce sur le choix présidentiel. Avant de prononcer la nomination, il doit obtenir l'avis conforme de la commission des lois de chaque assemblée.

Soumis à de nombreuses critiques⁶⁹⁵, le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel a été modifié par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a ajouté un cinquième alinéa à l'article 13 de la Constitution, aux termes duquel le « président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission [*permanente de chacune des assemblées*] représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». Cette procédure est applicable aux nominations des conseillers constitutionnels en vertu de l'article 56 de la Constitution. Dans ce cadre, le président de la République n'a plus la liberté de choix dont il jouissait auparavant : les commissions permanentes peuvent émettre un veto qui conditionne, fût-ce *a minima*, le choix présidentiel. Comme pour la nomination du Premier ministre, le président de la République doit prendre en compte la couleur politique de la majorité à l'Assemblée nationale. En l'occurrence, il doit de surcroît s'enquérir de celle du Sénat⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ La Constitution pas plus que l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* ne mentionnent d'exigences s'imposant aux autorités de nomination (voir nos développements *infra*, notamment p. 445 *sq.* et p. 550 *sq.*). Sur les exigences de qualification des membres des cours constitutionnelles autrichienne, allemande, belge, espagnole, française, italienne et portugaise, voir L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Connaissance du Droit », 2011, p. 47 et s.

⁶⁹⁵ Pour des critiques émises dans la presse généraliste : M.-L. BASILIEN-GAINCHE *et alii*, « le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 2 mars 2010 ; O. BEAUD et P. WACHSMANN, « Révisons la Constitution ! », *Le Monde*, 12 mars 2011. Pour des critiques dans des ouvrages spécialisés, voir par exemple : P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n°5, 2010, 34 p.

⁶⁹⁶ L'étude de la procédure est développée dans le dernier titre de la thèse.

107. Pour la nomination du Premier ministre, le président de la République est indirectement tenu par la composition de l'Assemblée nationale : il édicte l'acte de façon solitaire mais non discrétionnaire. S'agissant de la nomination des membres du Conseil constitutionnel, le président de la République est indirectement contraint par la configuration partisane de chacune des assemblées lesquelles, puisqu'elles se prononcent par avis conforme, participent directement à ces nominations : le président de la République n'agit donc pas seul en ce domaine.

Ces deux exemples parachèvent la démonstration du caractère peu explicatif de la distinction classiquement établie entre « pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés », laquelle ne rend guère compte de la distinction entre actes dispensés de contreseing et actes soumis à contreseing. Il se peut que le président de la République exerce un « pouvoir partagé » (cas des conseillers constitutionnels) et relativement conditionné (cas des conseillers et du Premier ministre) même pour l'édition d'actes de nomination dispensés de contreseing. Il paraît donc plus explicatif de discerner, d'une part, les compétences nominales du président de la République et, d'autre part, ses compétences réelles, lesquelles peuvent être conditionnées ou non.

*
* *

Conclusion du chapitre

108. Au terme de cette étude, la compétence de nomination du président de la République apparaît comme une compétence principalement formelle, d'abord parce qu'elle est, le plus souvent, contresignée. Le président de la République n'est que rarement titulaire d'une compétence réelle en matière de nomination. Si, dans de rares cas, ses actes de nomination ne sont pas contresignés, ces exceptions ne doivent pas faire oublier la règle : sous la Cinquième République, la signification du contreseing de l'article 19 conserve, en droit, la fonction substantielle que l'Histoire du parlementarisme a forgée. À mesure que s'épanouissait la fonction électorale du Parlement, l'union entre le pouvoir de décision et la responsabilité politique s'affermait. Le contreseing est une des techniques qui atteste ce lien et confirme

cette évolution. La Cinquième République charrie cet héritage et c'est la raison pour laquelle il convenait de situer la compétence de nomination du chef de l'État au regard du caractère parlementaire du régime politique en vigueur en France. Il était nécessaire de réinterroger l'*exigence du contreseing* et d'en tirer enseignement s'agissant de la compétence de nomination du chef de l'État. Pour la majeure partie des actes de nomination, l'apposition du contreseing opère un transfert du pouvoir de désignation vers le(s) contresignataire(s).

Mais une question s'impose dès lors : pourquoi avoir décidé que le président de la République signerait les nominations si cela ne lui confère pas le pouvoir de décider ? La requalification du contreseing primo-ministériel ne doit pas être tenue pour une disqualification du seing présidentiel.

CHAPITRE SECOND. L'IMPORTANCE DE LA SIGNATURE

109. L'héritage parlementaire que recèle la Cinquième République paraît se doubler d'un héritage monarchique qui érige le président de la République en « premier magistrat », en « chef de l'État ». Soumettre les nominations à son seing révèle la fonction symbolique qui s'attache à la signature présidentielle ; attribuer cette compétence au président de la République confirme la fonction symbolique qui est la sienne. Réciproquement, les nominations relevant de la compétence du président de la République se trouvent ainsi élevées. Il semble que les rédacteurs de la Constitution aient voulu que le président de la République signât les nominations, pour leur donner de la hauteur – ce qui renvoie à l'étymologie de l'autorité⁶⁹⁷ –, du prestige et leur garantir un caractère non partisan. La compétence de nomination révèle ainsi son caractère honorifique⁶⁹⁸. La signature présidentielle est un vecteur d'honneur parce qu'à travers l'hôte de l'Élysée, c'est l'État, non partisan, qui nommerait. Par « transitivité⁶⁹⁹ », les nominataires⁷⁰⁰ en tireraient prestige ;

⁶⁹⁷ D'après les études d'É. BENVENISTE, le mot « autorité » est issu du latin *auctoritas* lui-même dérivé de *augeo* qui signifie « augmenter », « accroître ce qui existe déjà ». Le linguiste ajoute cependant que les racines plus anciennes révèlent que *augeo* désignait avant tout « l'acte de produire hors de son propre sein ; acte créateur » (É. BENVENISTE, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 2 *Pouvoir, Droit, Religion*, Éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1969, p. 148-150). Ajoutons que dans la langue hébraïque, « autorité » se dit *smikh'a*. Cela désigne « l'habilitation non seulement intellectuelle mais également spirituelle donnée par un maître, “unrav”, à son élève, son “talmid”, lui permettant d'enseigner à son tour ». *Rav* signifie en hébreu « ce qui ajoute, l'augment, le surplus » (R. DRAÏ, « Anamnèse et horizon » in A. GARAPON et S. PERDRIOLLE (dir.), *Quelle autorité ? Une figure à géométrie variable*, Autrement, coll. « Mutations », n°198, 2000, p. 80).

⁶⁹⁸ Il s'agit bien de dire que la compétence de nomination dévolue au président de la République lui « confère de la considération sans [lui] procurer d'avantage matériel ni de pouvoir réel » (telle est la définition fournie par le *TLFi-lex. préc.*, entrée « Honorifique »). En revanche, les nominations, elles, n'ont pas *seulement* un caractère honorifique.

⁶⁹⁹ J. THOMAS, *L'Indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 140. L'auteur applique aux nominations des membres du Conseil constitutionnel, cette idée développée par le sénateur Patrice GÉLARD au sujet des

corrélativement le président de la République en tirerait également honneur. Pour l'expliquer, au moins deux hypothèses peuvent être émises.

La première consisterait à penser, comme certains auteurs, certains observateurs et certains acteurs du jeu politique l'ont fait – principalement en période de cohabitation –, que le président de la République incarnerait le « pouvoir neutre » théorisé par Benjamin CONSTANT. De ce point de vue, il serait habilité à désigner – pour le bien de l'État et dans l'intérêt général le plus noble – une personne pour lui attribuer une fonction, un emploi, une dignité ou un titre déterminés. Mais cela suppose de réintroduire une faculté de choix au bénéfice du président de la République, ce qui oblige à récuser les arguments relatifs à la signification du contreseing. Le président de la République, pour les nominations qu'il signe, *choisirait* la personne nommée ; mais son choix serait non partisan. Une telle hypothèse présente bien des limites liées aux mésusages de la thèse constantienne (**Section 1**).

La seconde hypothèse envisageable consiste à concilier la portée du contreseing avec l'importance de la fonction présidentielle. Si la contresignature est centrale d'un point de vue juridique et politique, la signature présidentielle n'est, pour autant, pas insignifiante ; elle n'est ni dépourvue de signification ni dépourvue d'importance. À partir des études sur le rôle du « chef en démocratie⁷⁰¹ », il est possible de démontrer que la compétence de nomination a un caractère honorifique, sans que cela oblige à concéder que le président de la République dispose du pouvoir de désignation : le président de la République aurait un rôle symbolique (**Section 2**).

autorités administratives indépendantes (voir Rapport GÉLARD, Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2006, n°3166 AN et n°404 S, *Les Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, t. 2, p. 67 : « On peut soutenir que par transitivité la personne nommée, soit comme membre du collège, soit comme président, va bénéficier de l'autorité politique et morale de celui qui l'a nommée. [...] Mais l'on peut considérer qu'il s'agit d'un procédé ayant la vertu de légitimer la nomination plus que de garantir l'indépendance des membres. En effet, ce qui peut favoriser l'indépendance des membres de l'autorité n'est pas tant le lien avec celui qui le nomme, mais bien le contraire, à travers ce que l'on peut désigner comme “un devoir d'ingratitude” »).

⁷⁰⁰ Ce mot désigne le bénéficiaire de la nomination.

⁷⁰¹ Selon le titre de l'ouvrage de J.-C. MONOD, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? Politiques du charisme*, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2012, 310 p.

SECTION 1. LIMITES DE LA THÈSE DE LA SIGNATURE PRÉSIDENTIELLE COMME EXPRESSION D'UN « POUVOIR NEUTRE »

110. « La France avait fait le choix d'un "monarque républicain" en 1958⁷⁰². » Lorsque le projet de texte constitutionnel fut soumis au suffrage populaire, le président de la République n'était pas présenté autrement qu'un « arbitre », un « gardien » des institutions, « un pouvoir neutre » au sens de Benjamin CONSTANT⁷⁰³ ; il devait être le « pouvoir » – au sens organique et fonctionnel – capable d'empêcher qu'une crise fasse tomber la République, sombrer l'État, vaciller ses institutions. Même si la thèse du « président-arbitre » relève sans doute d'une conception debréiste de la fonction présidentielle⁷⁰⁴, le thème de l'impartialité, de la neutralité voire de la transcendance de la figure présidentielle n'est resté ni marginal sous la Cinquième République ni cantonné aux périodes de cohabitation : Michel DEBRÉ l'exprimait en 1978 lors d'une émission télévisée qui l'opposa à François MITTERRAND⁷⁰⁵ ; chaque président de la République a tenu à se présenter comme « président de *tous* les Français », par delà les clivages partisans ; et les débats de l'entre-deux tours des élections présidentielles ont souvent été l'occasion de discuter la question de l'impartialité des nominations prononcées par le président de la République⁷⁰⁶. De surcroît, l'idée d'un chef de l'État « neutre » a eu des conséquences non négligeables et très concrètes sous la Cinquième République bien après 1958.

Ainsi, jusqu'en 2009, c'est à raison de la neutralité du Président que sa prise de parole dans les médias n'avait pas à être comptabilisée « au titre de l'exigence d'équilibre entre les

⁷⁰² S. PINON, « Une V^e République toujours plus "parlementaire" », *D.*, 2008, p. 3096. La fameuse expression fut utilisée par Michel DEBRÉ dans l'ouvrage écrit avec E. MONICK sous le pseudonyme de JACQUIER-BRUÈRE, *Refaire la France (...), op. cit.*, p. 122.

⁷⁰³ Cf. G. VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n°50, 1989, p. 25.

⁷⁰⁴ En ce sens, J. CHARLOT, « La V^e République : une mutation politique », *Pouvoirs*, n°4, 1982, p. 115.

⁷⁰⁵ Émission « Question de temps » présentée par N. COPIN et D. GRANDCLÉMENT, diffusée sur Antenne 2, le 8 janvier 1979. La revue *Pouvoirs* a retranscrit une partie de l'échange sous le titre « L'exercice du pouvoir », n°9, 1979, p. 89-94.

⁷⁰⁶ Voir notam. les débats de 1988, 1995 et 2012 : Jacques CHIRAC et François MITTERRAND, émission présentée par M. COTTA et E. VANNIER, TF1, Antenne 2, diffusion le 24 avril 1988, 137 min., coul. ; Jacques CHIRAC et Lionel JOSPIN, émission présentée par A. DUHAMEL et G. DURAND, TF1, France 2, diffusion le 2 mai 1995, 142 min., coul. ; François HOLLANDE et Nicolas SARKOZY, émission présentée par D. PUJADAS et L. FERRARI, TF1, France 2, diffusion le 2 mai 2007, 170 min., coul. Voir aussi N. HUGUES, « Duels présidentiels », Documentaire, INA, France, HD, 56 min 10 s., coul., 2012.

différents courants d'opinion et de pensée⁷⁰⁷ ». Dans son arrêt *Hoffer* de mai 2005, le Conseil d'État avait en effet considéré qu' « en raison de la place qui, conformément à la tradition républicaine, est celle du chef de l'État dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, le président de la République ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique⁷⁰⁸ ». La haute juridiction nuance cependant son analyse dans l'arrêt *F. Hollande et D. Mathus* du 8 avril 2009⁷⁰⁹.

111. Maurice DUVERGER semble être le premier⁷¹⁰ à avoir établi un lien explicite entre le président de la République institué en 1958 et le « pouvoir neutre » ou « modérateur » théorisé par Benjamin CONSTANT⁷¹¹. Bien des auteurs reprirent cette qualification à leur compte⁷¹². Pourtant, la lecture des ouvrages de l'auteur franco-suisse fait apparaître que le

⁷⁰⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, « Commentaire sous CE Ass., 8 avril 2009, *F. Hollande et D. Mathus* », in M. VERPEAUX et alii., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, op. cit., p. 143.

⁷⁰⁸ CE, 13 mai 2005, *Hoffer*, Rec. p. 200.

⁷⁰⁹ CE Ass., 8 avril 2009, *F. Hollande et D. Mathus*, Rec. p. 140. Pour un commentaire et des références bibliographiques sur cet arrêt, voir A. ROBLOT-TROIZIER, « Commentaire sous CE Ass., 8 avril 2009, *F. Hollande et D. Mathus* », préc., p. 142-149. Voir aussi C. DE SALINS, « Les interventions du président de la République et l'audiovisuel » (concl.), *RFDA*, 2009, p. 351.

Dans cet arrêt, après avoir réitéré le considérant de l'arrêt *Hoffer*, le juge ajouta, non sans euphémisme, que depuis l'entrée en vigueur de la Constitution le président de la République assume un rôle « dans la définition des orientations politiques de la nation ». Il en conclut que le CSA devait prendre en compte les interventions du président de la République et de ses collaborateurs dans la recherche d'un équilibre pluraliste des temps de parole. Depuis lors, les éditeurs audiovisuels doivent comptabiliser les interventions médiatiques du président de la République « qui, en raison de leur contenu ou de leur contexte, relèvent du débat politique national, au sens de la décision du Conseil d'État du 8 avril 2009 » (CSA, Délibération n°2009-60 du 21 juillet 2009 *relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision*).

⁷¹⁰ Un rapprochement entre le président de la Cinquième République et le pouvoir neutre de CONSTANT est cependant envisagé, dès 1959, par le professeur BASTID, qui l'écarte rapidement en faisant le constant du rôle actif du chef de l'État (in *Cours de droit constitutionnel. La notion de chef d'État*, op. cit., p. 433). L'auteur privilégie, pour sa part, l'idée que le Président exerce une « magistrature suprême ».

⁷¹¹ Il établit très tôt cette filiation dans la presse de grande audience (voir son article très virulent sur « Le nouveau "système" », *Le Monde*, 5 août 1958. Voir également son article « Le pouvoir modérateur », *Le Monde*, 28 mai 1976, écrit dans l'hypothèse d'une cohabitation que l'on croyait imminente ; idée qu'il réitéra dans son article « La V^e République en danger », *Le Monde*, 6 août 1985), comme dans la presse spécialisée (« Les institutions de la V^e République », préc., p. 107) avant de l'exploiter ensuite dans la plupart de ses ouvrages ou articles relatifs à la Constitution de 1958 (*La V^e République et le régime présidentiel*, Librairie Arthème Fayard, 1961, p. 108 ; du même, *Bréviaire de la cohabitation*, op. cit., p. 79 et s.).

⁷¹² L'expression est reprise, dans sa formulation explicite, afin de la critiquer ou non, chez différents auteurs. Par exemple, J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la V^e République*, op. cit., p. 32 ; M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, op. cit., p. 162 et s. ou du même auteur, *Le Président de la République*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2012, p. 23 et s. et p. 54 et s. ; M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 5^e éd., 2011, p. 125 ; J. GICQUEL, « De la cohabitation », *Pouvoirs*, n°49, 1989, p. 69-79 ; O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 716 ; P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, op. cit., p. 10 ; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, op. cit., p. 442 (qui voit dans la figure présidentielle, dessinée lors de sa présentation du projet par M. DEBRÉ, une certaine analogie avec le pouvoir neutre de CONSTANT) ; A.-M. LE POURHIET, « Le juge, l'arbitre et le capitaine », *LPA*, n°119, 16 juin 2009, p. 3-7 ; J.-C. ZARKA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle/majorité parlementaire sous la Cinquième République (1986-1992)*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1992, p. 155-156.

président de la République ne peut – si l'on se revendique vraiment de CONSTANT – être considéré comme un « pouvoir neutre » républicain (§1). De là, les conséquences de la thèse du « pouvoir neutre » présidentiel appliquée aux nominations devront être envisagées sous un autre jour qui fera apparaître les limites que présente le mésusage de la thèse constantienne (§2).

§1. Le président de la République, un « pouvoir neutre » inconstant

Quoique les idées d'arbitrage et de « pouvoir neutre » puissent se revendiquer d'autres auteurs des XVIII^e et XIX^e siècles⁷¹³, les exégètes de la Cinquième République se sont essentiellement placés sous les auspices de Benjamin CONSTANT. Une telle revendication de paternité doit être nuancée (A) car le président de la République ne présente pas les garanties d'un « pouvoir neutre » républicain (B) même si celui-ci dispose de certaines des attributions de celui-là, au nombre desquelles pourtant la compétence de nomination ne figure pas (C).

A. La thèse du « pouvoir neutre » dans les écrits de Benjamin CONSTANT

À l'instar de certains auteurs qui font référence à l'idée de « pouvoir modérateur », il paraît possible de prime abord de considérer le président de la République comme un « pouvoir neutre ». La mission d'« arbitrage » qui lui est confiée en vertu de l'article 5 de la Constitution abonderait en ce sens⁷¹⁴. Mais une telle affirmation peut-elle vraiment se revendiquer de la thèse de CONSTANT ? Il semble qu'une réponse négative s'impose. Le

Cette filiation pourrait aussi être décelée dans des expressions qui en sont implicitement porteuses telles le « monarque républicain » de Michel DEBRÉ (JACQUIER-BRUÈRE, *Refaire la France (...)*, *op. cit.*, p. 122) ou le « pouvoir d'État » de G. BURDEAU (« La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », art. cité). Quant à cette dernière et pour une discussion de ses liens avec le concept constantien, voir F. BONINI, « La V^e Repubblica nella storia costituzionale francese : il concetto di *Pouvoir d'État* », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n°1, 1992, p. 191-228.

⁷¹³ Quant à l'apport de MIRABEAU par exemple, voir P. BRUNET, *Vouloir pour la nation (...)*, *op. cit.*, p. 335-336 ; les œuvres de Mme DE STAËL ou de SIEYÈS ne sont évidemment pas non plus à négliger.

⁷¹⁴ Art. 5 de la Constitution : « Le président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État ».

caractère double du pouvoir neutre constantien (2) paraît avoir été ignoré ou oublié par les commentateurs de la Cinquième République (1).

1. *Fragments d'un ouvrage abandonné...*

112. Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, la majorité des auteurs, évoquant ou convoquant le « pouvoir neutre », se fonde sur les ouvrages de CONSTANT relatifs à la Monarchie et notamment sur ses *Réflexions sur les Constitutions* et ses *Principes de politique*⁷¹⁵. Ces écrits – très semblables dans leur contenu⁷¹⁶ – exposent, assez succinctement toutefois, la théorie du « pouvoir neutre ». Certains auteurs, étudiant la Cinquième République, ont ainsi pu récuser la filiation étudiée en estimant que ce « pouvoir préservateur » se trouve exclusivement en Monarchie⁷¹⁷. Mais c'est oublier que CONSTANT avait d'abord pensé son « pouvoir neutre » dans un régime républicain car, pour lui, « c'est surtout dans les Constitutions libres qu'un pouvoir neutre est nécessaire⁷¹⁸ » et, à la fin du XVIII^e siècle, « [la République était] le seul [régime] à connaître la division des pouvoirs⁷¹⁹ ». En 1991, furent édités les *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une*

⁷¹⁵ *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle*, essentiellement constitué de son *Esquisse de Constitution*, H. Nicolle, 1814, 186 p. ; *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, A. Eymery, 1815, 330 p. Cette thèse est également énoncée in *Cours de politique constitutionnelle ou Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, Guillaumin et Cie., 2^e éd., 1872, 642 p. Des éléments de cette théorie sont également exposés in *De la responsabilité des ministres*, H. Nicolle, 1815, 100 p. Pour une présentation de la vie littéraire de CONSTANT, ses influences, ses divers écrits de politiques, de théâtre, etc., voir P. DELBOUILLE, « Aux sources de la démocratie libérale : Benjamin Constant », *Revue d'Histoire littéraire de la France*, vol. 106, 2006/2, p. 259-270. Pour une présentation succincte des *Principes de politique*, sa genèse et sa réception, voir A. LAQUIÈZE, « Constant Benjamin. Principes de politique applicables à tous les Gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France », in O. CAYLA et J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Dictionnaires des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 102-111.

⁷¹⁶ Les *Principes de politique* reprennent parfois des chapitres entiers des *Réflexions sur les Constitutions*.

⁷¹⁷ En ce sens, voir par exemple M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation*, op. cit., p. 79 et s. ; M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, op. cit., p. 166. À partir du constat selon lequel le pouvoir modérateur ne peut être que monarchique, le premier auteur présente clairement le président de la République comme le pouvoir neutre de la Monarchie républicaine que la Cinquième République aurait établi. Le second critique l'idée d'utiliser le pouvoir neutre constantien pour qualifier le président de la République, récusant le présupposé monarchique à l'œuvre dans cet usage de l'auteur libéral. Le professeur COHENDET admet cependant qu'en se départant de la pensée constantienne, il soit possible de voir dans le président de la République un « pouvoir modérateur partisan » (M.-A. COHENDET, *ibid.*, p. 170 et cf., du même auteur, *Le Président de la République*, op. cit., p. 54 et s).

⁷¹⁸ B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une Constitution républicaine dans un grand pays*, Aubier, coll. « Bibliothèque philosophique », 1991, p. 374.

⁷¹⁹ P. ROLLAND, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°27, 2008, p. 43-44.

*Constitution républicaine dans un grand pays*⁷²⁰, antérieurs aux écrits monarchiques les plus célèbres de CONSTANT. Ces documents ont été réunis par l'auteur en 1810, mais tout porte à croire que leur rédaction a été entreprise à partir de 1795, notamment sous l'influence de Germaine DE STAËL⁷²¹, au sujet de laquelle il n'est pas inutile de rappeler qu'elle est la fille de Jacques NECKER⁷²². Admirateur et défenseur de la République, CONSTANT n'est donc pas seulement l'auteur favorable à la Restauration que la postérité semble avoir principalement retenu. Ses *Fragments* font apparaître une foi sincère – fût-elle passagère – en la République et une certaine fierté⁷²³ d'avoir pu imaginer une Constitution adaptant le modèle anglais à un régime républicain. Le « pouvoir modérateur » est la pierre angulaire du régime imaginé par l'auteur. Depuis 1991, date de la parution des *Fragments*, il est possible de relire l'œuvre du membre le plus fameux du « groupe de Coppet »⁷²⁴ pour y déceler un projet constitutionnel tout autre que celui qui est volontiers dit monarchique ; un « pouvoir neutre » tout autre que celui qui est habituellement dépeint et utilisé par une partie de la doctrine au sujet du président de la Cinquième République⁷²⁵.

⁷²⁰ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, op. cit., 506 p., édition établie par H. GRANGE.

⁷²¹ Voir notam. G. DE STAËL, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, 1^e éd. par J. VIÉNOT, Librairie Fischbacher, 1906, 450 p. Voir également l'édition critique établie par L. OMACINI, Droz, 1979, 477 p. Lucia OMACINI, comme d'autres, rappelle les contributions de B. CONSTANT à cette œuvre.

⁷²² Voir l'introduction de H. GRANGE à l'édition des *Fragments (...)*, op. cit. et voir en particulier quant à la datation des écrits, p. 27 et s.

⁷²³ CONSTANT se dit lui-même « amoureux » de cette idée (*Fragments (...)*, p. 434). Voir également l'analyse de H. GRANGE dans son introduction aux *Fragments*, notam. p. 45 et p. 54.

⁷²⁴ Il s'agit d'un groupe d'intellectuels qui fut régulièrement réuni par Mme DE STAËL au château de Coppet, en Suisse, et auquel participait B. CONSTANT. À ce sujet, voir L. JAUME, « Le groupe de Coppet : pour repenser la modernité et le libéralisme », in L. JAUME (dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du Groupe de Madame de Staël*, Economica et PUAM, 2000, p. 9 et s. Les diverses contributions reproduites dans l'ouvrage rendent compte des réflexions que les membres les plus importants du groupe ont pu conduire.

⁷²⁵ Certains auteurs ont cependant bien montré que la thèse constantienne n'en reste pas moins mal connue et étudient en profondeur l'œuvre constantienne y compris dans son versant républicain. En ce sens, voir le constat établi par A. LE DIVELLECC, qui l'indique dans la note n°45 de son article « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in O. BEAUD et P. PASQUINO, *La Controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Panthéon-Assas, coll. « Colloques ». Par ailleurs, outre les incontournables travaux de Mauro BARBERIS, voir, pour des études en langue française, J.-P. FELDMAN, « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », art. cité, p. 694 notam. ; voir aussi les travaux d'Alain LAQUIÈZE, notam. « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècles », in P.-Y. QUIVIGIER, V. DENIS et J. SALEM (dir.), *Figures de Sieyès*, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 83-121) ou encore F. SAINT-BONNET, « *Genitum, non factum*. La désignation du chef de l'État (1799-1815) », in A.-M. LE POURHIET (dir.), *La Désignation du chef de l'État. Regards croisés dans le temps et l'espace*, Fondation Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2012, p. 21-39. Cependant, la figure républicaine imaginée par CONSTANT a rarement été convoquée pour interroger la Cinquième République.

113. À en croire la datation des *Fragments* élaborée par les experts de l'œuvre constantienne, le « pouvoir neutre » fut d'abord conçu comme un organe au service de la République avant d'être astucieusement et au prix de quelques adaptations transposé à la Monarchie. Dans cet ouvrage républicain, CONSTANT consacre un livre entier et dix-huit chapitres, au « pouvoir préservateur ». La configuration monarchique du « pouvoir neutre » a davantage retenu l'attention, lors même que c'est bien dans un ouvrage républicain que se trouve la plus magistrale présentation de cette thèse.

2. Deux « pouvoirs neutres » dans l'œuvre de CONSTANT : pouvoir neutre républicain et pouvoir neutre monarchique

114. Pour le fameux philosophe libéral, l'érection d'un « pouvoir neutre » est avant tout nécessaire en République⁷²⁶. Mais encore faut-il mesurer ce que recouvre cette neutralité. Pour cela, tout en faisant ressortir leurs points communs, il est nécessaire d'insister sur la différence entre le « pouvoir neutre républicain » présenté dans les *Fragments* et le « pouvoir neutre monarchique » que définit CONSTANT dans ses ouvrages datant de la Restauration⁷²⁷.

115. Au titre des ressemblances, il faut d'abord relever que « le pouvoir dont CONSTANT essaie d'établir l'existence est dit par lui préservateur lorsqu'il en envisage la fonction ou le but ; il est dit neutre lorsqu'il en détermine la nature ou les modalités d'action⁷²⁸ ». La possibilité d'un pouvoir réparateur, préservateur – dont CONSTANT attribue la paternité à CLERMONT-TONNERRE⁷²⁹ – est conditionnée par sa neutralité. Pour appréhender ce

⁷²⁶ « C'est surtout dans les constitutions libres qu'un pouvoir neutre est nécessaire, parce que ces constitutions organisant divers pouvoirs avec un certain degré d'indépendance, la lutte s'établit infailliblement entre ces pouvoirs. Les Gouvernements monarchiques au contraire, ne créant qu'un seul pouvoir qui ne rencontre point de résistance, ce pouvoir peut se limiter ou s'arrêter souvent de fait » (B. CONSTANT, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 374).

⁷²⁷ Cependant, les *Fragments* donnent aussi des informations sur le « pouvoir neutre » en Monarchie.

⁷²⁸ P. ROLLAND, « Comment préserver les institutions politiques ? (...) », art. cité, p. 45. C'est effectivement ce qui résulte d'une telle affirmation : « Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général : mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entre-choquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l'un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique nécessairement partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile » (B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, préc., p. 35-36. Dans le même sens, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 384).

⁷²⁹ *Réflexions sur les Constitutions*, p. 2, où CONSTANT réitère ce qu'il énonce déjà in *Fragments (...)*, p. 398. Le terme « préservateur » n'est d'ailleurs pas sans faire écho à la notion de Sénat « conservateur » privilégiée par SIEYÈS. CONSTANT se reconnaît effectivement une dette à l'égard de SIEYÈS in « Souvenirs historiques »,

« pouvoir modérateur » monarchique ou républicain, CONSTANT définit d'abord sa fonction, c'est-à-dire la finalité à laquelle chacune de ses actions est indexée. En Monarchie, comme en République, la fonction assignée au pouvoir modérateur est identique : il s'agit de préserver et de rétablir la « concorde entre le pouvoir législatif et l'exécutif⁷³⁰ », de « défendre le gouvernement contre la division des gouvernants et défendre les gouvernés de l'oppression du gouvernement⁷³¹ ». Cette fin énoncée, CONSTANT établit la neutralité de l'organe préservateur comme condition nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Les garanties de la neutralité et les compétences remises à cet organe divergent cependant selon le mode de Gouvernement.

B. Garanties de la neutralité au sens constantien et président de la République française

116. La thèse du « pouvoir neutre » dans son versant principalement monarchique a été largement retravaillée par les penseurs modernes du politique et fut exploitée au sujet du chef de l'État bien avant que la Cinquième République ne voie le jour. Elle apparaît ainsi dans le débat qui opposa Carl SCHMITT à Hans KELSEN au sujet du « gardien de la Constitution »⁷³². Le second s'est attaché à démontrer que la Cour constitutionnelle pouvait constituer un « pouvoir modérateur » tandis que, pour le premier, une telle fonction relevait du président du Reich. Ce dernier a, à cette fin, établi une typologie de la neutralité-active ou décisionniste⁷³³. Selon Sandrine BAUME, SCHMITT distinguait quatre formes de neutralité-

Revue de Paris, 1^e série, 1830, t. 11, p. 115-125 et t. 16, p. 102-112, cité par A. LAQUIÈZE, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècles », art. cité. En ce sens également M.-H. CAITUCOLI-WIRTH, « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », *Histoire@Politique*, n°16, 2012, p. 6. Un rapprochement avec le concept de « sur-arbitre » que VOLTAIRE utilise pour décrire le monarque anglais pourrait être établi (VOLTAIRE, *Lettres philosophiques*, E. Lucas, 1734, p. 56).

⁷³⁰ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, op. cit., p. 373. Cf. *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 37.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 387.

⁷³² Pour un parallèle entre la discussion SIEYÈS/CONSTANT et KELSEN/SCHMITT à ce sujet, voir les éléments de réflexions utiles in M.-H. CAITUCOLI-WIRTH, « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », art. cité, p. 121-139 et S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 17-27 ; voir aussi F. SAINT-BONNET, « Les ascendances inopinées de la V^e République », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, op. cit., p. 81-90.

⁷³³ Neutralité autorisant l'action, à laquelle s'oppose une neutralité négative ou passive (C. SCHMITT, « Exposé sommaire des différentes significations et fonctions du concept de neutralité de l'État en matière de politique intérieure » (1931), in *La Notion de politique*, Calmann-Lévy, 1972, p. 159-164, cité par S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », art. préc.).

active⁷³⁴. Parmi elles, la « neutralité-totalité » serait celle qui correspondrait à la fonction du président du Reich :

[La neutralité] qui englobe tous les regroupements antagonistes [...]. C'est la neutralité de la décision étatique qui, face au fractionnement et au partage de l'État en partis et en intérêts particuliers, tranche les conflits intra-étatiques, lorsque cette décision fait valoir l'intérêt de l'État en tant que totalité⁷³⁵.

De ce point de vue, elle se rapprocherait de la neutralité théorisée par Benjamin CONSTANT. Dès lors, il est possible de saisir l'affinité qu'entreprendrait l'idée de « pouvoir neutre », retravaillée par Carl SCHMITT au service du président du Reich, avec le président de la République française, présenté comme un organe qui serait placé « au-dessus des partis » : une autorité surplombante, transcendante, non partisane, qui a vocation à créer et préserver l'unité⁷³⁶. Mais un tel rapprochement entre « pouvoir neutre » et président de la République mérite une véritable discussion car, pour que l'organe chargé du « pouvoir modérateur » soit neutre, CONSTANT exige un certain nombre de garanties que les exégètes de la Cinquième République n'ont pas suffisamment pris en compte et qui diffèrent en Monarchie (1) et en République (2).

⁷³⁴ Voir S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », art. cité, p. 19. Nous pourrions qualifier de neutralité-impartialité (« la neutralité au sens d'objectivité et d'impartialité fondée sur une norme confirmée »), neutralité-expertise (« fondée sur une compétence libre de tous intérêts égoïstes »), neutralité-totalité (« neutralité en tant qu'expression d'une totalité et d'une unité qui englobe tous les regroupements antagonistes, les relativisant de ce fait même ») et neutralité-protectorat (« neutralité de l'État tiers qui prend une décision en vue de dissoudre les antagonismes internes ») les quatre formes schmittiennes de neutralité-active identifiées par S. BAUME à partir de l'article de SCHMITT (C. SCHMITT, « Exposé sommaire des différentes significations et fonctions du concept de neutralité de l'État en matière de politique intérieure » (1931), art. cité). Voir aussi S. BAUME, *Carl Schmitt, penseur de l'État*, Presses de Sciences Po, 2008, p. 97-144. L'auteur y montre la distorsion des thèses constantiennes sous la plume de SCHMITT. Sur la « neutralité » dans l'œuvre schmittienne, voir la bibliographie proposée par A. LE DIVELLEC, in « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt (...) », art. cité, note 20 de l'article.

⁷³⁵ C. SCHMITT, « Exposé sommaire des différentes significations et fonctions du concept de neutralité de l'État en matière de politique intérieure » (1931), in *La Notion de politique*, Calmann-Lévy, 1972, p. 159-164, cité par S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », art. cité, p. 19.

⁷³⁶ Une telle idée est conforme à la définition de l'adjectif à l'époque de CONSTANT : « Qui ne prend point de parti entre des personnes qui ont des intérêts opposés ». Telle est la définition fournie par le *Dictionnaire de l'Académie Française* dans sa cinquième édition de 1798, entrée « Neutre ». Cf. entrée « Conserver » : « Garder avec soin, apporter le soin nécessaire pour empêcher qu'une chose ne se gâte, ne dépérisse. On dit, *conserver son pays, conserver ses terres*, pour dire, les garantir de tout ce qui peut y apporter quelque dommage ».

Entrée « modérateur » : dans un langage soutenu, « celui, celle qui modère, qui dirige, qui règle » tandis que modérer signifie « diminuer, adoucir, tempérer et rendre moins violent ». Le dictionnaire, dans sa version suivante de 1835, indique à l'entrée « Modérateur » : « Celui qui cherche à tempérer des opinions exaltées, à rapprocher des sentiments extrêmes ».

Enfin, « préserver » signifie « garantir du mal, empêcher, détourner un mal qui pourroit [*sic*] arriver ». L'adjectif « préservateur » ne fait son entrée au Dictionnaire que dans la sixième édition de 1835 : « qui préserve ».

1. Des garanties de la neutralité du « pouvoir modérateur » en Monarchie

117. Dans le cadre d'une Monarchie constitutionnelle, le « pouvoir modérateur » est confié au roi. À plusieurs reprises, CONSTANT affirme que le monarque est celui qui incarne au mieux le « pouvoir modérateur » car, non élu, il jouit d'une légitimité traditionnelle. L'hérédité de la Couronne se présente comme la principale des garanties de la neutralité du monarque. Le roi, du fait de son statut, est « un être à part, supérieur aux diversités des opinions⁷³⁷ », dont la « dignité » est permanente⁷³⁸. Il est « entouré de traditions et de souvenirs⁷³⁹ » qui le soustraient à la « condition commune⁷⁴⁰ » et expliquent « la vénération » qui l'entoure⁷⁴¹.

118. La neutralité, inhérente à la situation privilégiée d'un monarque héréditaire, le placerait immédiatement « au milieu et au-dessus » des autres pouvoirs, « à la fois supérieur et intermédiaire »⁷⁴². Ayant tout intérêt à ce que perdure paisiblement le régime⁷⁴³, n'en ayant aucun à ce que les pouvoirs « s'entre-choquent⁷⁴⁴ », le roi serait le « pouvoir modérateur » idéal⁷⁴⁵. Dans une heureuse formule, CONSTANT note ainsi que le « [monarque] [...] est un pouvoir neutre et abstrait, au-dessus de la région des orages⁷⁴⁶ ». Il est le « pouvoir judiciaire des autres pouvoirs⁷⁴⁷ ». Cette situation, au reste, explique et justifie son inviolabilité.

Le monarque se prête sans répugnance à la responsabilité de ses ministres. Il a des biens plus précieux à défendre que tel ou tel détail de l'administration, tel ou tel exercice partiel de

⁷³⁷ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 45.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 47 ; voir également *Réflexions sur les Constitutions (...)*, op. cit., p. 44.

⁷³⁹ B. CONSTANT, *Réflexions sur les Constitutions (...)*, op. cit., p. 3.

⁷⁴⁰ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 40.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 47 ; voir également, *Réflexions sur les Constitutions (...)*, op. cit., p. 44.

⁷⁴² B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 34.

⁷⁴³ L'intérêt du roi serait « distinct à la fois et de celui du pouvoir législatif et de celui du pouvoir exécutif, et combiné de manière à ce qu'il eût besoin pour lui-même, non de nuire à ces deux rivaux éternels, mais de maintenir entre eux équilibre et concorde » (B. CONSTANT, *Fragments (...)*, op. cit., p. 375).

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 35. Dans le même sens, *Fragments (...)*, op. cit., p. 384.

⁷⁴⁵ « L'intérêt véritable de ce roi n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuyent, s'entendent et agissent de concert », écrit CONSTANT in *Réflexions sur les Constitutions (...)*, op. cit., p. 3. Voir aussi B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 40-41 : « Il plane, pour ainsi dire, au-dessus des agitations humaines, et c'est le chef-d'œuvre de l'organisation politique [*de la Monarchie constitutionnelle*] d'avoir ainsi créé, dans le sein même des dissentiments [*sic*] sans lesquels nulle liberté n'existe, une sphère inviolable de sécurité, de majesté, d'impartialité, qui permet à ces dissentiments [*sic*] de se développer sans péril, tant qu'ils n'excèdent pas certaines limites, et qui, dès que le danger s'annonce, y met un terme par des moyens légaux, constitutionnels, et dégagés de tout arbitraire. »

⁷⁴⁶ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 159.

⁷⁴⁷ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, op. cit., p. 390 ; *Réflexions sur les Constitutions (...)*, op. cit., p. 8.

l'autorité. Sa dignité est un patrimoine de famille, qu'il retire de la lutte, en abandonnant son ministère⁷⁴⁸.

Pour les lecteurs qui verraient une utopie dans ce portrait, CONSTANT renvoie aussitôt à la Monarchie anglaise qui actualise, selon lui, la figure monarchique d'« un pouvoir neutre et intermédiaire⁷⁴⁹ ».

119. Mais dans ses écrits contemporains de la Charte disparaît la pondération du jeune CONSTANT républicain qui, tout en louant le « pouvoir modérateur » confié à un monarque héréditaire, relevait en même temps deux inconvénients majeurs : « [La Royauté] cumule le pouvoir exécutif et le pouvoir neutre dans les mêmes mains » et, plus grave encore, elle n'empêche pas « les privilégiés héréditaires » d'être « eux-mêmes ceux qui s'emparent de la puissance ». Il ajoute aussitôt qu'« il faut donc créer une institution qui, tout en établissant le pouvoir neutre, qui est l'avantage de l'hérédité, prévienne les mauvais effets des privilèges héréditaires »⁷⁵⁰. Puisque dans un régime républicain qui a mis fin à la dévolution héréditaire de la Couronne, la neutralité du « pouvoir modérateur » n'est pas donnée d'avance, CONSTANT invente et détaille les moyens de la garantir.

2. Des garanties de la neutralité du « pouvoir modérateur » en République

120. Si le « pouvoir neutre » s'épanouit aisément en Monarchie, il se corrompt facilement en République⁷⁵¹. Conscient de la fragilité d'un « pouvoir modérateur » non héréditaire, le philosophe avait assorti l'institution de cet organe en République d'un certain nombre de conditions. Le « pouvoir préservateur » républicain est un organe collégial, indépendant des pouvoirs constitués et du peuple.

En premier lieu, pour CONSTANT, l'organe modérateur doit être organiquement distinct des pouvoirs exécutif⁷⁵², législatif⁷⁵³ et judiciaire⁷⁵⁴. En deuxième lieu, l'existence du « pouvoir

⁷⁴⁸ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 46 ; voir aussi *Réflexions sur les Constitutions (...)*, op. cit., p. 43.

⁷⁴⁹ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 43 et s. ; cf. *Réflexions sur les Constitutions (...)*, op. cit., p. 4.

⁷⁵⁰ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, op. cit., p. 403.

⁷⁵¹ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 48.

⁷⁵² B. CONSTANT, *Fragments (...)*, op. cit., p. 403.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 386.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 381.

modérateur » républicain imaginé par CONSTANT ne doit pas dépendre des autres pouvoirs. Aussi n'est-il pas envisageable que l'organe du « pouvoir préservateur » soit nommé par l'organe du pouvoir exécutif ou élu par le Parlement⁷⁵⁵. Dans ses *Fragments*, l'auteur cherche à établir une *Constitution républicaine dans un grand pays*. Or, son réquisit est celui d'un régime « où tous les pouvoirs sont électifs et à terme⁷⁵⁶ » : l'organe modérateur ne peut donc qu'être élu par le peuple. Toutefois, CONSTANT affirme explicitement que le « pouvoir préservateur » doit être « indépendant du peuple », quand bien même cela paraîtrait de prime abord « une hérésie dans le système représentatif »⁷⁵⁷. Pour lui, la constitution d'un « pouvoir modérateur » n'a pour but que la préservation du système représentatif. Créer une autorité indépendante du peuple, loin de heurter le système, œuvrerait donc à sa survie. « Le système représentatif serait bien autrement détruit, si l'absence de ce frein faisait des dépositaires du pouvoir exécutif des tyrans et des représentants du peuple, des factieux ou des esclaves⁷⁵⁸ », écrit CONSTANT avant de détailler la « formation du pouvoir préservateur⁷⁵⁹ » capable d'assurer l'indépendance recherchée.

Il envisage le « pouvoir modérateur » comme un large organe collégial, principalement composé d'une personne par département, élue suivant un mode de scrutin combinant suffrage direct puis indirect par scrutins successifs. Il prévoit que, pour constituer cette assemblée modératrice, ne seraient éligibles que les individus de plus de quarante ans, ce qui contiendrait les ambitions individuelles de chacun : à son sens, avec l'âge, les ambitions s'amenuiseraient. Afin de consolider l'indépendance de l'organe, il pose également trois exigences. D'abord, il prévoit l'attribution d'une « propriété territoriale » aux membres élus composant l'organe modérateur car « ce genre de propriété, écrit CONSTANT, a des effets plus avantageux pour la morale, que des indemnités pécuniaires⁷⁶⁰ ». Ensuite, il exige que le mandat soit viager car « les fonctions à vie séparent du peuple les individus qui en sont investis. Ils n'ont plus à entrer dans la condition commune⁷⁶¹ ». Enfin, CONSTANT pose une

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 438.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 363.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 376.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 377.

⁷⁵⁹ Tel est le titre du chapitre 14 du livre VIII. *Ibid.*, p. 437 et s.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 439.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 383.

incompatibilité insurmontable : les membres du « pouvoir modérateur » ne peuvent devenir membres du pouvoir exécutif⁷⁶².

121. De tout ceci, il résulte à l'évidence que le président de la Cinquième République ne présente nullement les garanties qu'exigeait CONSTANT pour la formation d'un « pouvoir neutre » républicain. Tout le dispositif constitutionnel de la Cinquième République récuse cette filiation. Le supposé « pouvoir neutre » présidentiel n'est nullement collégial mais *monocratique*, au sens étymologique du terme ; nullement viager mais élu pour un mandat à durée déterminée ; nullement placé « au-dessus de la région des orages⁷⁶³ » mais soumis aux luttes partisans qui font le politique. La collégialité dans l'œuvre de CONSTANT apparaît comme une garantie essentielle de la neutralité qui, par hypothèse, fait défaut à tout président de la République⁷⁶⁴. La révision constitutionnelle de 1962 et l'élection populaire du président de la République ont, au reste, très clairement sonné le glas de cette prétendue neutralité. La rupture avec l'idée de « pouvoir neutre » républicain, au sens de CONSTANT, est manifeste.

Le président de la République ne peut donc, ni statutairement ni organiquement, être présenté comme un « pouvoir modérateur » au sens constantien. Même lorsque la Constitution d'un État républicain présente explicitement la fonction présidentielle comme « modératrice⁷⁶⁵ » ou « régulatrice⁷⁶⁶ », les origines de cette qualification ne sauraient être décelées dans les écrits républicains de B. CONSTANT. Les thèses françaises relatives au président de la Cinquième République, les thèses schmittiennes relatives au président du Reich et celles d'autres auteurs qui, dans leur pays respectif, utilisent le concept constantien de « pouvoir neutre » pour l'appliquer au président de la République⁷⁶⁷, ne peuvent véritablement se

⁷⁶² *Loc. cit.* Voir également le chapitre 12 : « De l'inéligibilité des membres du pouvoir préservateur à tout autre emploi ».

⁷⁶³ B. CONSTANT, *Principes de politique (...), op. cit.*, p. 159.

⁷⁶⁴ Michel DEBRÉ s'était, lui aussi, essayé à décrire les conditions d'émergence d'un monarque républicain, mais certaines des garanties qu'il présentait comme essentielles n'ont pas été retenues en 1958. Par exemple, il avait imaginé que le monarque républicain du régime parlementaire qu'il souhaitait pour la France serait élu pour douze ans, ce qui correspondrait à la durée moyenne des mandats des « monarques héréditaires » (JACQUIER-BRUÈRE, *Refaire la France (...), op. cit.*, p. 123).

⁷⁶⁵ Outre les exemples tirés des régimes de l'Union européenne, cette fonction modératrice se trouve également exprimée dans d'autres Constitutions de par le monde. Ainsi en va-t-il de l'article 12 de la Constitution de la République des Comores (« [Le président de la République] est *l'arbitre et le modérateur* du fonctionnement régulier de ses institutions ») ou encore de l'article 36 de la Constitution de la République de Guinée-Équatoriale, dans la version résultant de la loi constitutionnelle de 1995 (« Le président de la République détermine la politique de la nation, *arbitre et modère* le fonctionnement normal de toutes les institutions de l'État. Son autorité s'étend à tout le territoire national »).

⁷⁶⁶ L'article 30 de la Constitution hellénique dispose en ce sens : « Le président de la République est le *régulateur* du régime politique ».

⁷⁶⁷ Une importante part de la doctrine italienne a repris cette thèse à son compte au sujet du président de la

revendiquer de CONSTANT. Par conséquent, l'argument selon lequel le président de la République est compétent pour décider en matière de nomination *parce qu'*il incarnerait la neutralité⁷⁶⁸ paraît devoir être écarté. Au vu des écrits de CONSTANT, nulle compétence de nomination et nul pouvoir de désignation ne devraient revenir à l'organe modérateur républicain.

C. Des liens entre la compétence de nomination, le président de la République et les « pouvoirs neutres » constantiens

122. B. CONSTANT prend soin d'inventorier explicitement les compétences du monarque incarnant le « pouvoir neutre » :

Le droit de faire grâce, [...] le droit d'investir les citoyens distingués d'une illustration durable, [...] le droit de nommer les organes des lois, et d'assurer à la société la jouissance de l'ordre public, [...] le droit de dissoudre les assemblées représentatives, et de préserver ainsi la nation des égarements [*sic*] de ses mandataires, [...], la nomination des ministres, [...] la distribution des grâces, des faveurs, des récompenses, la prérogative de payer d'un regard ou d'un mot les services rendus à l'État⁷⁶⁹.

Des travaux de CONSTANT, il ressort qu'en matière de nomination le monarque n'a que deux compétences réelles et inconditionnées liées à son statut privilégié et non partisan : la nomination du Gouvernement et la nomination de magistrats inamovibles⁷⁷⁰.

République. Voir, par exemple, les travaux de A. BALDASSARRE, « Il Capo dello Stato », in G. AMATO et A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, t. 2, Il Mulino, 1999 ; voir aussi S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantista del Capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Giuffrè Editore, 1992, 318 p. ; plus récemment encore, voir G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, Giuffrè Editore, 2010, 518 p. Les actes d'un colloque au cours duquel furent discutés le concept de « pouvoir neutre » ainsi que ses usages en Italie (mais aussi en France) ont été publiés : F. BONINI, R. ORRÙ e A. CIAMMARICONI (a cura di), *Il potere neutro : risorse e contraddizioni di una nozione costituzionale*, Giornate di Diritto e Storia costituzionale « Atelier 4 luglio – G.G. Florida », Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 148 p.

⁷⁶⁸ Par exemple, M. DUVERGER, in « Sur la Constitution », *Le Débat*, n°43, 1987, p. 16. Cf. Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 721, où sont cités les *Principes du politique*.

⁷⁶⁹ *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 55. Cf. B. CONSTANT, *Fragments (...)*, op. cit., p. 37.

⁷⁷⁰ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 36 : « Je n'ai pas hésité à penser que la nomination des juges devait appartenir au roi. Dans une Monarchie constitutionnelle, il faut donner au pouvoir royal toute l'influence et même toute la popularité que la liberté comporte. Le peuple peut se tromper fréquemment dans l'élection des juges. Les erreurs du pouvoir royal sont nécessairement plus rares, il n'a aucun intérêt à en

123. En revanche, le « pouvoir neutre » républicain n'est nullement titulaire d'une compétence de nomination. Seules six compétences lui sont dévolues.

Pour sanctionner les écarts du pouvoir exécutif, il peut discrétionnairement renvoyer les ministres⁷⁷¹. Pour empêcher les abus du pouvoir législatif, il est compétent pour prononcer dissolution⁷⁷². Pour éviter les conflits qui pourraient s'élever entre l'administration locale et l'administration centrale, le « pouvoir modérateur » est chargé de se prononcer sur la répartition territoriale des compétences⁷⁷³. Afin de préserver la Constitution, le « pouvoir modérateur » peut accepter ou refuser une révision proposée concurremment par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif⁷⁷⁴. Enfin, CONSTANT relève, avec NECKER, qu'un tel organe doit, pour affermir sa puissance d'agir, jouir d'une considération populaire, d'une légitimité forte⁷⁷⁵. Aussi CONSTANT prévoit-il de confier au « pouvoir neutre » deux prérogatives capables d'imposer son respect et de lui conférer une utilité quotidienne tout en lui donnant crédit aux yeux des citoyens : d'une part, le droit de faire grâce et de commuer les peines et, d'autre part, « le droit d'accueillir les pétitions des citoyens contre les actes de l'autorité » afin d'attirer l'attention « du pouvoir exécutif sur les attentats de ses agents contre la liberté individuelle »⁷⁷⁶. Cette liste est exhaustive car, selon CONSTANT, « il suffirait d'une seule attribution pour dénaturer entièrement le pouvoir préservateur, en changeant l'intérêt neutre qui doit l'animer⁷⁷⁷ ».

124. La relecture des écrits républicains et monarchiques de CONSTANT oblige donc à nuancer, sinon à rejeter, la filiation souvent établie entre le président de la République et le « pouvoir neutre ». Certes, le président de la République française, comme bien d'autres de ses homologues étrangers, bénéficie de certaines des compétences que CONSTANT attribuait à l'organe modérateur. Mais il ne satisfait aucune des garanties de la neutralité, à commencer

commettre, il en a un pressant à s'en préserver, puisque les juges sont inamovibles, et qu'il ne s'agit pas de commissions temporaires ».

⁷⁷¹ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 387.

⁷⁷² *Ibid.*, en particulier p. 387.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 405-413 ; voir aussi p. 448.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 419-425.

⁷⁷⁵ Jacques NECKER étudie le Sénat conservateur et déplore qu'il n'ait nullement les moyens de « conserver la Constitution sociale » ; son impuissance est pour partie liée à sa faible légitimité (Voir J. NECKER, *Dernières vues de politique et de finance (1802)* publiées in *Œuvres complètes t. XI*, Treuttel et Würtz Libraires, 1821, p. 33-41 et pour sa critique du Sénat, p. 34 et s.). L'étude de la conception du chef de l'État par NECKER et des influences sur la pensée constantienne ne pouvant être développée ici, voir M. MORABITO, « Necker et la question du chef de l'État », in L. JAUME (dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral (...)*, *op. cit.*, p. 41-54.

⁷⁷⁶ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 436. Plus loin, et très incidemment, CONSTANT semble même envisager que le pouvoir modérateur puisse annuler les actes arbitraires du pouvoir exécutif (p. 450).

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 385.

par celle de la collégialité. Et même en 1958, avant la réforme de son mode d'élection, il n'avait rien du « pouvoir neutre » ; son élection au suffrage universel direct accentue encore la distance entre le président de la République et le projet constantien. En outre, ses attributions font de lui un organe de l'exécutif. Appliquée à la Cinquième République, la mise en garde de CONSTANT prend un sens particulier :

On perd cet immense avantage [*de la neutralité*] soit en rabaisant le pouvoir du monarque au niveau du pouvoir exécutif, soit en élevant le pouvoir exécutif au niveau du monarque. Si vous confondez ces pouvoirs, deux grandes questions deviennent insolubles : l'une, la destitution du pouvoir exécutif proprement dit, l'autre la responsabilité⁷⁷⁸.

En somme, la Constitution de 1958 a confié au président de la République une part des compétences d'un « pouvoir modérateur » au sens constantien, sans établir les garanties nécessaires à assurer sa neutralité et à éviter les dérives. Le risque était alors grand de voir ce « monarque » abuser de sa position dominante et cela n'a pas manqué d'advenir. Tout au plus est-il possible d'avancer, avec beaucoup de réserves, que le président de la République se présente comme un « pouvoir neutre précaire » ou inconstant : un « pouvoir modérateur » inconstant au sens littéraire, « qui est sujet à varier, à changer d'état ou de forme ; qui n'est pas fixe dans la durée⁷⁷⁹ » et un « pouvoir modérateur » inconstant au sens où le président de la République est, tout au plus, un pouvoir neutre « non constantien ».

125. Affirmer que le président de la République est un organe modérateur pour justifier qu'il décide des nominations ne saurait donc s'autoriser de la pensée de l'auteur franco-suisse. Certes l'article 5 du texte constitutionnel établissant la mission d'arbitrage et la fonction présidentielle aurait dû suffire à limiter l'action du président de la République. Mais la formule paraît déjà incantatoire, dessinant un « Roi thaumaturge⁷⁸⁰ » que rien ne freine. Or, l'idée est ancienne, sans garanties les abus de pouvoir sont à redouter⁷⁸¹. Et l'hôte de l'Élysée

⁷⁷⁸ B. CONSTANT, *Principes de politique (...)*, op. cit., p. 41.

⁷⁷⁹ Voir *TLFi-lex.*, entrée « Inconstant ».

⁷⁸⁰ Nous reprenons l'expression utilisée par Franck LAFFAILLE pour décrire le président de la République italienne. Voir son article « Droit de grâce et pouvoirs propres du chef de l'État en Italie. La forme de gouvernement parlementaire et le "garantisme Constitutionnel" à l'épreuve de l'irresponsabilité et de l'autonomie normative présidentielles », *RIDC*, n°4, 2007, p. 796.

⁷⁸¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., p. 128 : « La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés : elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ; mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! la vertu même a besoin de limites ». Signalons que M. HAURIOU écrit pour sa part : « Les agents, c'est-à-dire les individus humains qui se trouvent placés pendant un temps prolongé dans une sphère de compétence donnée, éprouvent impérieusement le besoin de s'approprier les

a tût quitté « la tenue d'arbitre » pour se couler dans le « bleu du mécanicien » ou dans le « costume trois pièces du manager »⁷⁸².

Aussi critiquable soit-il, l'argument selon lequel le président de la République est un « pouvoir neutre » fut néanmoins exploité, surtout à l'occasion des cohabitations. Il a servi de justification au contrôle des nominations par le président de la République. Au lieu d'opérer comme un argument limitatif de pouvoir, la thèse constantienne a servi de légitimation au développement des pouvoirs présidentiels⁷⁸³.

§2. Le président de la République en période de cohabitation, un pouvoir partisan

126. L'idée d'un président de la République déconnecté des partis a pu être invoquée en période de concordance de majorités. « Quand je ne serai plus là, il faudra un chef de l'État en dehors des partis et qui ne soit pas lié à une majorité parlementaire⁷⁸⁴ », affirma le général DE GAULLE en 1961. Pourtant, très tût, le président de la République fit figure de pouvoir

avantages de la situation que leur fait l'exercice de la compétence, du moins les avantages qui sont appropriables, c'est-à-dire qui se présentent comme des honneurs, des profits pécuniaires, des possessions de territoires, des commodités d'usage, etc. Le mécanicien placé habituellement sur la même machine dit bientôt *ma machine* ». Il souligne (M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 92).

⁷⁸² C. ÉMERI, « De l'irresponsabilité présidentielle », art. cité, p. 135.

⁷⁸³ Nous nous permettons de renvoyer à l'article dans lequel nous avons déjà soutenu cette idée selon laquelle le président de la République serait un pouvoir neutre inconstant et avons démontré le travestissement de la thèse constantienne : L. SPONCHIADO, « Des usages républicains de la thèse du "pouvoir neutre monarchique" de Benjamin Constant en France et en Italie », 28 p., in M.-A. COHENDET et A. LUCARELLI (dir.), *L'Équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir, op. cit.*

Ce risque de glissement avait déjà été souligné par le professeur ORTINO au sujet du président de la République italienne. Pour l'auteur, l'argument constantien permet de maintenir la fonction monarchique au cœur de la République (S. ORTINO, « La responsabilità "costituzionale" del Presidente della Repubblica », *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1973, p. 24). Carlo ESPOSITO formule également une critique des thèses présentant le président de la République comme un organe impartial. Il défend pour sa part l'idée d'un président de la République non étranger à l'*indirizzo politico* mais néanmoins gardien de la Constitution dans les situations d'exception. Ses analyses sont très proches des thèses schmittiennes qu'il mobilise régulièrement. Voir C. ESPOSITO, *Capo dello Stato-Controfirma ministeriale*, Giuffrè, 1962, p. 32 et du même auteur, « Capo dello Stato », Enc. dir., VI, Giuffrè, 1960, p. 224 : « En substance, la thèse du chef de l'État comme organe politique impartial et *super partes* appartient au monde des reconstructions mystiques et non à celui des définitions réalistes ». Notre trad. pour : « In sostanza la tesi del Capo dello Stato come organo politico imparziale o *supra partes* appartiene al mondo delle ricostruzioni mistiche e non a quello delle definizioni realistiche », cité par F. LAFFAILLE, « La mutation de la forme de gouvernement parlementaire en Italie : le chef de l'état contestable co-législateur ? », *RFDC*, 2012, n°89, p. 11.

⁷⁸⁴ Cité par A. PASSERON in *De Gaulle parle*, Plon, 1962, p. 134.

partisan ; il se présente désormais comme un « Président engagé⁷⁸⁵ ». Les différents présidents de la République, une partie des hommes et femmes politiques, une large part de la doctrine et même les juridictions admettent volontiers, en convoquant souvent l'article 5 de la Constitution, la dualité de la figure présidentielle. Le président de la République serait un Janus, à la fois figure non partisane et à la fois chef de la majorité parlementaire⁷⁸⁶. L'exécutif sous la Cinquième République serait donc moins bicéphale que tricéphale : un Premier ministre coexistant avec un président de la République à deux visages, à la fois « arbitre et capitaine⁷⁸⁷ ».

Une telle interprétation n'est évidemment pas logique dans la mesure où elle conduit à confier au même homme une mission d'arbitre et la direction des affaires. C'est pourtant cette seconde lecture passablement incohérente qui tend à prévaloir depuis le début de la Cinquième République⁷⁸⁸.

L'idée que le président de la République serait un « pouvoir neutre » sous la Cinquième République ressurgit surtout en période de cohabitation⁷⁸⁹. Contraint à la coexistence institutionnelle avec un Gouvernement et une Assemblée nationale qui lui sont politiquement

⁷⁸⁵ Pour une analyse de la Présidence SARKOZY, le rôle du quinquennat sur la fonction présidentielle et l'investissement, au moins au plan symbolique, par le président de la République des fonctions du Premier ministre, voir H. JOZEFOWICZ, « Un Président engagé : réflexion sur une thématique récente », *Politeia*, n°17, 2010, p. 91-129.

⁷⁸⁶ Dans le même sens, par exemple, R. FERRETTI, « La fonction présidentielle : constantes et variantes », *LPA*, 1^{er} sept. 2000, p. 3.

Certains auteurs se réfèrent à E. KANTOROWICZ, *Les Deux corps du Roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Age* de 1957 (trad. franç. par GENET J.-P. et GENET N., Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1989, 643 p.). La dualité mystique qui a permis à la doctrine anglaise de caractériser le monarque est employée pour saisir la figure présidentielle. Par exemple, s'agissant du président de la Troisième République, voir F. LAFFAILLE, *Le Président du Sénat depuis 1875*, L'Harmattan, 2004, p. 184. L'auteur critique cette conception du président de la République contraire, selon lui, au texte constitutionnel de 1875 et cite notamment le discours prononcé par RIBOT le 11 mai 1895 : « Le président de la République représente véritablement ce qui ne meurt jamais, c'est-à-dire la France ». La thèse des deux corps est aussi utilisée pour évoquer le président de la Cinquième République : par exemple, M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France, op. cit.*, p. 162 ou encore G. BERGOUIGNOUS, « La normalisation de la fonction présidentielle est-elle possible ? Réflexions sur une exception française », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 34-42.

⁷⁸⁷ Nous réemployons l'expression fameuse de Jean MASSOT (*L'Arbitre et le capitaine. La responsabilité présidentielle*, Flammarion, 1987, 319 p.).

⁷⁸⁸ A.-M. LE POURHIEU, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 364.

⁷⁸⁹ P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir, op. cit.*, p. 34 et s. L'auteur soutient que l'article 5 admet également deux « lectures » : « La première consacre l'arbitrage selon la vision qu'en avait Benjamin Constant [...]. Pourtant, une deuxième approche de l'arbitrage est dès cette époque [1958] envisageable en raison des virtualités présidentielles du texte constitutionnel » (p. 38). Et l'auteur de conclure que « les circonstances politiques sous la V^e République vont permettre de valider les deux interprétations : la seconde, présidentieliste s'imposant très largement et apparaissant comme la marque du système constitutionnel mis en place en 1958 ; la première parlementaire, qui caractérise les périodes de cohabitation » (*loc. cit.*). Sur cette double lecture, voir aussi, *ibid.*, p. 111.

antagonistes⁷⁹⁰, le président de la République n'aurait alors que la possibilité d'être le contrepoids institutionnel qui fait défaut en période de concordance de majorités : il se ferait « préservateur », se muerait en un « pouvoir modérateur » notamment en matière de nomination. Dans un tel contexte politique, le chef de l'État serait tenu de signer l'ensemble des actes de nomination et bénéficierait seulement d'une faculté d'empêcher : seules les nominations illégales ou politiquement litigieuses pourraient être bloquées par lui. L'argument constantien n'est plus limitatif du pouvoir présidentiel mais sert à fonder son expansion. Dans cette perspective, le président de la République contraint à la cohabitation pourrait contrôler les nominations, c'est-à-dire exercer sur elles une vérification⁷⁹¹ (A). De telles thèses doivent, à notre sens, être écartées (B).

A. Des thèses favorables à un contrôle juridique et politique des nominations par le président de la République

127. À en croire la littérature relative au président de la République et les divers propos des intéressés eux-mêmes, le contrôle opéré par le président de la République, prétendument « pouvoir neutre » en période de cohabitation, pourrait être de deux ordres : légal et politique. Des tensions et tractations se nouèrent particulièrement au sujet des nominations pourvues par décret délibéré en Conseil des ministres.

Dans son étude des « fonctions de la controverse » relative aux ordonnances, Michel TROPER a pu relever trois positions doctrinales selon lesquelles le président de la République serait autorisé à ne pas signer les ordonnances. Ces positions font apparaître la dimension politique et/ou juridique du contrôle opéré par le président de la République. Bien que cette controverse ait porté sur les ordonnances, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit transposée aux décrets individuels de nomination comme le démontrent les arguments

⁷⁹⁰ Cette définition s'inspire de celle que nous avons retenue en introduction (note p. 20) en faisant nôtre la définition fournie par le professeur COHENDET (*L'Épreuve de la cohabitation (...), op. cit.*, t. 1, p. 9).

⁷⁹¹ Selon le *TLFi*, le terme « contrôle » désigne notamment une « vérification portant sur des choses en vue d'examiner si elles remplissent les conditions demandées » (*TLFi-lex, préc.*, entrée « Contrôle »).

développés par les auteurs. C'est ainsi la question de la « faculté d'empêcher par inaction⁷⁹² » qui se trouve posée.

Selon le premier courant doctrinal identifié par le professeur TROPER, le président de la République est toujours libre de signer ou de ne pas signer. Selon le deuxième courant, le président de la République est toujours contraint de signer. Selon le troisième et dernier courant, le président de la République est tantôt libre, tantôt contraint de signer⁷⁹³. Les tenants de ces trois courants, semblent admettre que la décision présidentielle puisse se fonder sur des arguments de légalité (1) et/ou sur des arguments d'opportunité politique (2).

1. Un contrôle de légalité

128. La première forme de contrôle présidentiel des nominations en période de cohabitation s'apparenterait à un contrôle juridique : un contrôle de légalité *lato sensu*. Selon les présidents de la République en cohabitation, et selon certains auteurs, dans la mesure où le président de la République est chargé de veiller « au respect de la Constitution » en vertu de l'article 5, il serait par là même habilité à apprécier la constitutionnalité de certains actes⁷⁹⁴. Dans le cas où le président de la République estimerait qu'un acte de nomination serait contraire à la Constitution, il pourrait refuser sa signature. Pour d'autres auteurs, le président de la République serait même contraint de refuser de signer dans le cas d'une inconstitutionnalité dont il se ferait juge. Philippe ARDANT défendit cette position en considérant que la mission confiée au président de la République en vertu de l'article 5 l'oblige⁷⁹⁵. Olivier DUHAMEL et Léo HAMON soutinrent la même idée dans la presse généraliste⁷⁹⁶. Cependant, la thèse majoritaire incline à une libre décision de signer au profit du président de la République ; les

⁷⁹² Selon l'expression retenue par P. AUVRET, « La faculté d'empêcher du président de la République », *RDP*, 1986, p. 149 et s.

⁷⁹³ M. TROPER, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », art. cité, p. 76-77. Cf. l'analyse d'Olivier DUHAMEL in « Ordonnances : signer ou ne pas signer ? », *Le Monde*, 12 avril 1986. L'auteur considère que la controverse admet trois solutions cumulatives : 1. Dans certains cas, le président de la République *doit refuser* de signer ; 2. Dans d'autres hypothèses, il *doit* signer ; 3. Enfin, le cas intermédiaire.

⁷⁹⁴ Précisons d'ailleurs que François MITTERRAND n'invoqua pas seulement et pas directement l'article 5 de la Constitution pour opposer son refus. Par exemple, s'agissant de l'ordonnance relative au découpage des circonscriptions électorales pour les élections législatives, il invoqua par un communiqué de l'Élysée « la tradition républicaine qui veut que l'Assemblée nationale détermine elle-même les modalités de l'élection des députés » (« Monsieur Mitterrand refuse de signer les ordonnances sur le découpage électoral », *Le Monde*, 3 octobre 1986 [nous soulignons]).

⁷⁹⁵ Ph. ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », art. cité, p. 50.

⁷⁹⁶ Respectivement in « Ordonnances : signer ou ne pas signer ? », *Le Monde* du 12 avril 1986 et *La Croix* du 23 avril 1986.

deux présidents de cohabitation s'approprièrent cette thèse pour d'évidentes raisons. Ils s'octroyèrent une totale liberté de décider des actes qu'ils signeraient ou non. Le président MITTERRAND et le président CHIRAC se fondèrent principalement, sinon exclusivement, sur des arguments d'opportunité politique pour refuser les nominations envisagées par le Gouvernement.

2. Un contrôle politique

129. Pour certains auteurs, le président de la République en situation de cohabitation, par devoir de préservation, veillerait à ce que le *spoils system*⁷⁹⁷ soit limité⁷⁹⁸. De surcroît, d'aucuns avancent que « le président de la République, représentant de la nation aux termes de l'article 3 de la Constitution, dispose du pouvoir de refuser en son nom⁷⁹⁹ ».

130. Telle fut bien la position adoptée par François MITTERRAND entre 1986 et 1988 puis entre 1993 et 1995. Les différents témoignages de l'époque attestent qu'il a très tôt considéré qu'il n'était pas contraint de signer les nominations. Quoique le 19 mars 1986 il ait assuré à Édouard BALLADUR – futur ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation – qu'il n'entraverait ni les nominations des directeurs d'administration centrale ni celles des dirigeants d'entreprise publique, son attitude pendant la première cohabitation s'écarte passablement de cette affirmation première⁸⁰⁰. Il s'opposa ainsi à la nomination de plusieurs personnes pressenties par Jacques CHIRAC, faisant ressurgir la « doctrine gaullienne du pouvoir d'État présidentiel⁸⁰¹ ». S'agissant des ministres⁸⁰², François MITTERRAND fit

⁷⁹⁷ Sur le *spoils system* américain, voir *supra* p. 22.

⁷⁹⁸ En ce sens, voir la position défendue par M. DUVERGER, « Une nouvelle séparation des pouvoirs », *Le Monde*, 30 mai 1985 : « Le président se trouverait ainsi érigé en protecteur de l'indépendance des administrations chargé d'empêcher l'extension du système des dépouilles ». Dans le même sens, voir J. FOURNIER, « Politique gouvernementale : les trois leviers du président », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 68.

⁷⁹⁹ P. AUVRET, « La faculté d'empêcher du Président de la République », art. cité, p. 141.

⁸⁰⁰ J. ATTALI, *Verbatim II, op. cit.*, p. 18.

⁸⁰¹ H. PORTELLI, « L'évolution du personnel gouvernemental. La politisation ambiguë de la fonction publique », *Le Débat*, n°52, 1988, p. 26.

⁸⁰² La presse de l'époque a rapporté les tractations qui eurent lieu entre J. CHIRAC (qui n'était alors pas encore officiellement Premier ministre) et le Président MITTERRAND. Par exemple, voir : « Cohabitation. Acte I. Premières scènes... », *Le Monde*, 20 mars 1986, dans lequel est cité le communiqué prononcé par J.-L. BIANCO, alors secrétaire général de l'Élysée. Il y est indiqué que « le président de la République a appelé M. Jacques CHIRAC pour procéder à un tour d'horizon au sujet de la formation du Gouvernement. M. CHIRAC apportera sa réponse dans les meilleurs délais ». La cohabitation n'avait pas encore officiellement commencé que déjà la Constitution se trouvait malmenée. Comme le nota O. DUHAMEL : « Cette formule sans précédent sous la V^e République permettait au chef de l'État de subordonner la nomination effective de M. CHIRAC au caractère acceptable du Gouvernement qu'il proposerait » (O. DUHAMEL, « Cinq innovations de l'alternance »,

valoir son prétendu « domaine réservé »⁸⁰³ dès les premières heures de la cohabitation⁸⁰⁴. Il mit un veto aux nominations de Valéry GISCARD D'ESTAING⁸⁰⁵ et de Jean LECANUET⁸⁰⁶ au ministère des Affaires étrangères, de François LÉOTARD⁸⁰⁷ à celui de la Défense, d'Étienne DAILLY⁸⁰⁸ et de Jacques LARCHER⁸⁰⁹ au ministère de la Justice.

Mais le contrôle politique du président de la République sur les nominations ne s'arrêta pas aux nominations des membres du Gouvernement⁸¹⁰. Dès le Conseil des ministres du 9 avril 1986, le Président MITTERRAND indiqua qu'il « émettait des réserves sur l'éviction de tous

Le Monde, 26 mars 1986). Cependant, il n'est pas certain que cela soit véritablement sans précédent. Rappelons que le premier communiqué de nomination du premier Gouvernement de la Cinquième République énonça : « M. Michel Debré [...] a soumis à l'approbation du Général de Gaulle ses conceptions en ce qui concerne la politique générale et le nom des personnalités qui deviendraient, le cas échéant, ses collaborateurs », cité notam. in D. MAUS, « La Constitution jugée par sa pratique. Réflexions pour un bilan », *RF sc. pol.*, vol. 34, n°4-5, 1984, p. 877.

⁸⁰³ Aucune norme constitutionnelle française n'explique le « domaine réservé » au (ou par le) président de la République. C'est à J. CHABAN-DELMAS lors du congrès de l'Union pour la Nouvelle République (UNR) du mois de novembre 1959 qu'a été attribuée la paternité du « domaine réservé », quoique celui-ci s'en défende (voir son intervention reproduite in P. GUILLAUME (dir.), *Gaullisme et antigaulisme en Aquitaine*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1990, p. 11). Lors du congrès de l'UNR, celui qui était alors Président de l'Assemblée nationale affirma que : « Le secteur présidentiel comprend l'Algérie, sans oublier le Sahara, la Communauté franco-africaine, les Affaires étrangères, la Défense » (*Le Monde*, 21 novembre 1959). Pour une étude approfondie de cette thèse du domaine réservé et les critiques qui peuvent lui être adressées, voir M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, *op. cit.*, p. 360 et s.

Contrairement au régime français, certains États ont pu confier au président de la République des compétences s'apparentant au « domaine réservé » censé appartenir au Président français. Par exemple, la « petite Constitution » polonaise prévoyait en son article 61 : « La proposition relative à la nomination des ministres des Affaires étrangères, de la Défense nationale et de l'Intérieur est présentée par le président du Conseil des ministres après consultation du Président ». La « petite Constitution » désigne le texte adopté en 1992 « jusqu'à l'adoption de la nouvelle Constitution ». Elle restera en vigueur jusqu'en 1997. Mais l'article cité permit, en 1993, à Lech WALESA, président de la République polonaise confronté à une cohabitation avec Waldemar PAWLAK, de « [choisir] les ministres de l'Intérieur, des Affaires étrangères et de la Défense. Ainsi, dès la formation du Gouvernement, il montre qu'il n'entend pas jouer la carte de l'effacement » (B. SCHAEFFER, *L'Institution présidentielle dans les États d'Europe centrale et orientale*, *op. cit.*, p. 245). Sur la « petite Constitution » de 1992, voir D. MAZURKIEWICZ, « Pologne : la "Petite Constitution". Présentation », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n°4, 1992, p. 155-161.

Les échanges entre professeurs de droit, journalistes et hommes politiques dans la presse des années de cohabitation font pourtant apparaître comme une évidence l'existence d'un « domaine réservé » au bénéfice du président de la République. En ce sens, voir par exemple Valéry GISCARD D'ESTAING interrogé sur RFI en 1986 et cité par J. AMALRIC in *Le Monde* du 18 janvier 1986 ; O. DUHAMEL, « Les cinq innovations de l'alternance », *Le Monde*, 26 mars 1986 ; ou, plus tard, R. BACQUÉ, « M. Chirac préoccupé par la succession de Mme Guigou à la Justice », *Le Monde*, 13 octobre 2000.

⁸⁰⁴ Voir les témoignages que Michel CHARASSE (p. 647 et s.) et Jean-Louis BIANCO (p. 664 et s.) nous ont fournis à ce sujet.

⁸⁰⁵ J. ATTALI, *C'était François Mitterrand*, Fayard, 2006, p. 163.

⁸⁰⁶ Voir J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 1, *op. cit.*, p. 321.

⁸⁰⁷ *Idem.*

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 324.

⁸⁰⁹ Selon les propos rapportés par J. ATTALI, in *C'était François Mitterrand*, *op. cit.*, p. 163.

⁸¹⁰ Voir le témoignage de Renaud DENOIX DE SAINT MARC annexé à la présente thèse, p. 584 et s.

les présidents d'entreprise publique⁸¹¹ ». « Je serai plus dur avec le Gouvernement pour les nominations et je ne transigerai pas sur la réaffectation des fonctionnaires démis⁸¹² », affirmait-il à ses conseillers. S'agissant des nominations des directeurs d'administration centrale, des dirigeants d'établissement ou d'entreprise publics, le président de la République veillait au reclassement honorable des personnes qu'il avait précédemment nommées⁸¹³. Plus encore, comme l'indique Michel CHARASSE, le Président MITTERRAND empêcha le Premier ministre de statuer sur certaines nominations. L'ancien conseiller du Président cite la nomination des membres du conseil constitutionnel – ce qui est juridiquement fondé – mais il cite encore celles du Vice-président du Conseil d'État et du Premier président de la Cour des comptes – ce qui est juridiquement plus litigieux, ne serait-ce qu'en raison de l'exigence du contreseing⁸¹⁴. Enfin, le contrôle politique des nominations opéra également sur le terrain de la Légion d'honneur. François MITTERRAND menaça, par exemple, de refuser de bloquer les propositions du ministre de la Défense si celui-ci refusait de proposer la nomination du général SAULNIER, chef d'état-major des armées, au rang de grand officier de la Légion d'honneur⁸¹⁵.

131. Lors de la seconde cohabitation qu'il connut, le Président MITTERRAND adopta la même attitude. À un journaliste qui l'interrogeait au sujet des nominations, il affirma :

Quand elles relèvent vraiment d'une façon stricte de la volonté du Gouvernement qui a besoin d'avoir auprès de lui les hauts fonctionnaires de son choix, je laisse le Gouvernement me faire les propositions qu'il souhaite. Lorsqu'il s'agit de postes qui intéressent le pays et mon autorité,

⁸¹¹ Propos rapportés par J. ATTALI, *Verbatim II, op. cit.*, p. 42. Le ton fut particulièrement ironique lors du premier Conseil des ministres : le président de la République introduisant le conseil aurait ainsi rappelé : « En partie A viennent les textes pour décision. Si les débats s'attardent, j'ajournerai. En partie B, il y a les nominations, mais [sourire] ce n'est certainement pas cela qui intéressera le Gouvernement... » (*Ibid.*, p. 23). Quant aux ordonnances, il fit savoir à Jacques CHIRAC, lors de l'entretien qui précéda sa nomination en tant que premier Premier ministre de cohabitation, qu'il les signerait « pour peu "qu'elles soient conformes à la légalité républicaine" » (Jacques CHIRAC, *Mémoires*, t. 1, *op. cit.*, p. 320).

⁸¹² J. ATTALI, *Verbatim II, op. cit.*, p. 72.

⁸¹³ En ce sens, voir en annexe 2 les témoignages concordants de Renaud DENOIX de SAINT MARC (p. 584 et s.), de Frédéric SALAT-BAROUX (p. 596 et s.), de Michel ROCARD (p. 640 et s.), de Michel CHARASSE (p. 653 et s.) et de Jean-Louis BIANCO (p. 661 et s.). Voir aussi J. ATTALI, *Verbatim II, op. cit.*, citant François MITTERRAND, p. 73 : « Je commence à trouver que cela fait beaucoup de personnes évincées pour des raisons qui, apparemment, n'ont rien de politiques, puisqu'elles n'avaient pas été nommées sur des critères politiques. [...] Si cela continue, j'en viendrai à déclarer publiquement, comme je l'ai déjà dit et écrit à M. Chirac, que cela ressemble fort à une épuration. Si on s'engage sur ce terrain-là, il n'y aura plus beaucoup de tranquillité pour les hauts fonctionnaires chaque fois qu'il y aura un changement politique. Je mets naturellement à part les préfets ».

⁸¹⁴ Entretien avec Michel CHARASSE, annexe 2 de la présente thèse, p. 649 et s.

⁸¹⁵ Selon Jacques ATTALI, qui rapporte l'événement, le ministre exigeait de SAULNIER un rapport écrit sur l'affaire Greenpeace (l'attentat dirigé contre le Rainbow Warrior) (*Verbatim II, op. cit.*, p. 92). Il est aussi indiqué que François MITTERRAND a refusé la démission de SAULNIER, forçant ainsi la main au ministre André GIRAUD (*ibid.* p. 93).

j'interviens, et lorsqu'il s'agit de changer un homme pour un autre sans qu'il y ait de raisons évidentes, je le fais observer⁸¹⁶.

Dans ses mémoires sur la cohabitation, Édouard BALLADUR confirme cette déclaration du chef de l'État et rapporte les discussions qui se nouèrent entre les deux hommes au sujet des nominations. Les enjeux tenant à l'influence respective des deux acteurs y sont clairement palpables. Un certain équilibre entre méfiance et connivence se dessine sous la plume du deuxième Premier ministre de cohabitation⁸¹⁷.

132. Lorsqu'il fut à son tour contraint de cohabiter avec un Premier ministre politiquement antagoniste, Jacques CHIRAC, alors devenu président de la République, fit sienne l'attitude mitterrannique⁸¹⁸. Au commencement de sa cohabitation avec Lionel JOSPIN, il considéra qu'il lui appartenait de donner son accord sur un certain nombre de nominations touchant à son « domaine réservé ».

Comme MITTERRAND, invoquant son rôle de « gardien », il s'octroya un pouvoir de décision tout particulièrement en matière de Défense, d'Affaires étrangères et européennes et de Justice⁸¹⁹. Mais si Lionel JOSPIN consentit à reconnaître un « domaine réservé », limité

⁸¹⁶ Interview de François MITTERRAND accordée à TF1, France 2 et Europe 1, le 14 juillet 1993, parue in *Le Monde*, 16 juillet 1993.

⁸¹⁷ É. BALLADUR, *Le pouvoir ne se partage pas. Conversations avec François Mitterrand*, Fayard, 2009 : par exemple, au sujet des directeurs d'administration centrale (p. 68), du secrétaire général du comité interministériel pour les questions de coopérations européennes (p. 70), du directeur de la direction générale de la Sécurité extérieure (p. 76), des recteurs (*idem*), du délégué général de l'armement (p. 77), des dirigeants d'entreprise publique (p. 99-100) et des sociétés de crédit et d'assurance (p. 129).

⁸¹⁸ « En 1997, alors que l'hypothèse de l'échec n'est pas envisagée à la veille de la dissolution, Jacques Chirac ne dispose d'aucune doctrine constitutionnelle [*de cohabitation*], sinon, implicitement, de celle héritée de François Mitterrand » (H. PORTELLI, « Contre-pouvoir ou chef de l'opposition ? », *Pouvoirs*, n°91, 1999, p. 61). Dans le même sens, P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, *op. cit.*, p. 203. Jacques CHIRAC confirme lui-même cette idée, lorsqu'il indique dans ses *Mémoires* : « Ce que je sais de la cohabitation je l'ai appris de François Mitterrand et puisé dans ma propre expérience » (J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2, *op. cit.*, p. 207).

⁸¹⁹ Voir en ce sens l'interview télévisée du 14 juillet 1997 (disponible en ligne : <http://discours.vie-publique.fr/notices/977016636.html>). Jacques CHIRAC y précise ce qui relève, selon lui, du devoir de « vigilance » incombant au président de la République. Quoiqu'il ait commencé par affirmer : « Je ne crois pas qu'il y ait de domaine réservé ou un domaine partagé », il poursuit en ces termes révélant une conception pour le moins large de ses fonctions : « il y a quelques domaines essentiels où le rôle du Président, je dirais, s'impose comme *gardien* dans le domaine de la vigilance. Il y a d'abord tout ce qui touche à la place de la *France dans le monde*, [...] *sa sécurité et sa défense*, [...] *ses parts de marchés*. [...] Deuxièmement, il y a tout ce qui concerne *l'acquis européen* [...], à la *modernisation* [...] et notamment dans le *domaine de l'enseignement, de la recherche* [...]. Et enfin il y a tout ce qui touche à *l'équilibre de notre société : sa protection sociale, ses acquis sociaux* – sens le plus noble du terme – *sa cohésion sociale*, tout ce qui touche à la *solidarité*. Sur tous ces points-là, le président de la République, selon moi, doit être extrêmement vigilant pour s'assurer que rien n'est fait qui puisse mettre en cause ces grands principes sur lesquels finalement sont fondés ceux de la République » (nous soulignons).

aux Affaires étrangères et à la Défense⁸²⁰, il fut plus combatif sur la question du pouvoir présidentiel en matière de Justice. Les récits de la plus longue cohabitation qu'ait connue la Cinquième République révèlent la lutte qui se noua entre Jacques CHIRAC et Lionel JOSPIN quant aux nominations en ce domaine. Si le Président se montra « préoccupé par la succession de Mme GUIGOU⁸²¹ » au ministère de la Justice, Lionel JOSPIN ne consentit pas à lui concéder un quelconque pouvoir de désignation. Olivier SCHRAMECK, alors directeur de cabinet du Premier ministre, dénonça l'attitude de « l'Élysée [qui] a parfois manifesté un parti pris syndicalement et politiquement orienté⁸²² » s'agissant des nominations des magistrats.

Fondée en particulier sur l'article 5 de la Constitution, l'idée que le président de la République serait modérateur, préservateur, non partisan, gardien, a servi de justification à l'exercice extensif des pouvoirs présidentiels en matière de nomination. En tant que « pouvoir neutre », le président de la République serait contraint ou susceptible de s'opposer aux violations de la Constitution. Surtout, il serait compétent pour s'opposer à la politisation⁸²³ massive de certains emplois publics stratégiques.

B. Une critique des thèses favorables à un contrôle juridique et politique des nominations par le président de la République

133. Au-delà de la remise en cause de la filiation d'une telle idée avec les écrits constantiens, récuser la thèse selon laquelle le président de la République, parce qu'il serait un organe

⁸²⁰ Dans le livre d'entretiens accordés à P. FAVIER et P. ROTMAN, Lionel JOSPIN affirme que : « En phase de cohabitation, [le président de la République] doit seulement donner son accord pour les choix du ministre des Affaires étrangères et du ministre de la Défense » (L. JOSPIN, *Lionel raconte Jospin (...), op. cit.*, p. 239). Pourtant, comme le relève son directeur de cabinet : « Bien imprudent serait celui qui voudrait définir au bénéfice du chef de l'État un domaine réservé, dès lors que la politique de la nation ne se partage pas » (O. SCHRAMECK, *Matignon Rive gauche. 1997-2001*, Seuil, 2001, p. 95).

⁸²¹ Selon le titre de l'article de R. BACQUÉ, « M. Chirac préoccupé par la succession de Mme Guigou à la Justice », *Le Monde*, 13 octobre 2000, art. préc.

⁸²² O. SCHRAMECK, *Matignon Rive gauche, op. cit.*, p. 111.

⁸²³ Nous retiendrons, avec Yves MÉNY que le terme « politisation » « recouvre [...] diverses réalités ». Quant à la politisation des fonctionnaires (mais l'analyse s'applique aussi bien aux non fonctionnaires nommés, notamment, à des emplois à la décision du Gouvernement) l'auteur distingue premièrement la politisation « de nature idéologique » : « elle renvoie au système de valeurs auxquelles adhèrent les fonctionnaires comme tout citoyen » ; deuxièmement, « la politisation peut être de nature *partisane*, c'est-à-dire qu'elle se marque essentiellement par l'adhésion explicite ou implicite des fonctionnaires à un parti politique » ; « la politisation peut être *structurelle* enfin. Dans ce cas de figure la politisation résulte moins des choix effectués par les hommes que de l'agencement même des organisations » (Y. MÉNY, « À la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 20-21).

modérateur, pourrait (ou devrait) opérer un contrôle juridique et/ou politique des nominations, s'autorise de divers arguments.

En premier lieu, aucune norme constitutionnelle ne l'habilite à opérer de tels contrôles. L'article 5 de la Constitution, en particulier, ne fait pas du président de la République un juge de la constitutionnalité des actes administratifs. Il ne peut veiller au respect de la Constitution qu'avec les moyens et dans les limites qu'elle établit elle-même. Aussi peut-il seulement « solliciter un autre pouvoir⁸²⁴ » en vertu de ses compétences réelles. Même en admettant que « lorsque ses pouvoirs sont soumis à contresignature, il a le devoir de vérifier [...] que les actes qui sont soumis à sa signature ne sont pas manifestement inconstitutionnels [...] [*et qu'il*] a le devoir de saisir l'autorité compétente⁸²⁵ », force est d'admettre qu'en matière de nomination sa faculté de solliciter un arbitre semble réduite compte tenu, notamment, des conditions pesant sur l'exercice de ses compétences réelles⁸²⁶. Au reste, avancer avec certains auteurs que le chef de l'État puisse (ou doive), fût-ce seulement dans des cas extrêmes, refuser de signer l'acte de nomination en considérant son inconstitutionnalité, fait ressurgir la question de sa neutralité et de son pouvoir décisionnel.

Effectivement, en second lieu, pour accorder au président de la République la faculté de juger de la légalité ou de l'opportunité d'un acte de nomination, il faut lui concéder un pouvoir de décision que l'étude de la contresignature a obligé à lui dénier⁸²⁷. La fonction substantielle du contresignataire explique que l'appréciation et la sanction de l'opportunité politique des nominations relèvent du Parlement, chargé de contrôler « l'action du Gouvernement⁸²⁸ » que « le Premier ministre dirige⁸²⁹ ». De plus, admettre un contrôle politique au profit d'un président de la République suppose que celui-ci œuvre comme un contre-pouvoir⁸³⁰

⁸²⁴ Selon l'expression employée par M. DEBRÉ, décrivant, devant le Conseil d'État, les pouvoirs du président de la République dans la Constitution alors encore en cours d'élaboration (texte reproduit sous le titre « La nouvelle Constitution », art. cité, p. 22).

⁸²⁵ M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 143.

⁸²⁶ Peut-être faut-il néanmoins considérer qu'en soumettant les nominations aux parlementaires pour obtenir l'avis prévu à l'article 13 alinéa 5, le président de la République sollicite leur arbitrage, comme l'envisageait Michel DEBRÉ ? Une réponse affirmative n'est nullement évidente (voir *infra*, p. 528).

⁸²⁷ Il sera démontré que les normes constitutionnelles habilitant le président de la République ne lui confèrent aucune faculté d'empêcher : il est bien contraint d'exercer sa compétence de nomination (quant à l'interprétation de ces normes, voir *infra*, p. 213 et s.).

⁸²⁸ Art. 24 de la Constitution.

⁸²⁹ Art. 21 de la Constitution.

⁸³⁰ Cf. H. PORTELLI, « Contre-pouvoir ou chef de l'opposition ? », art. cité, p. 59-70. L'auteur considère que le président de la République en cohabitation n'est ni tout à fait l'un, ni tout à fait l'autre. Sa situation et sa capacité d'action dépendent principalement de « sa condition à la veille de la cohabitation » et des « rapports de forces politiques au moment de la cohabitation ».

partisan⁸³¹. Ainsi, le « pouvoir neutre » serait résolument non neutre. Le chef de l'État serait en mesure d'entraver à lui seul, par le biais des nominations, une part de la conduite de la politique nationale dont le Gouvernement est chargé⁸³². Le président de la République pourrait donc (ab)user de sa position pour empêcher le fonctionnement régulier des pouvoirs publics qu'il doit pourtant assurer par son arbitrage aux termes de l'article 5 de la Constitution⁸³³.

La thèse selon laquelle, fût-ce seulement en période de cohabitation, le président de la République serait l'organe du « pouvoir modérateur », ce qui justifierait son contrôle juridique et politique des nominations, doit donc être écartée.

SECTION 2. LA SIGNATURE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, EXPRESSION D'UNE FONCTION SYMBOLIQUE

Si le président de la République n'est pas un « pouvoir neutre » – s'il est tout au plus un pouvoir neutre inconstant –, si la contresignature lui ôte le pouvoir de désignation (et si réciproquement sa signature ne l'habilite pas à désigner), la question de la fonction de son seing reste entière. La réponse paraît résider dans l'affirmation, souvent admise, de la fonction symbolique du chef de l'État. Celle-ci explique le caractère honorifique de la compétence de nomination qui lui est confiée (§2). Mais, pour le démontrer, il convient de prendre au sérieux, l'hypothèse d'un chef (de l'État) à la fonction symbolique et dénué de pouvoir. Une telle institution est non seulement concevable mais empiriquement observable (§1).

⁸³¹ Le président de la République cohabitant peut être perçu comme chef de l'opposition. En ce sens, voir notam. M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, *op. cit.*, p. 170 (l'auteur conclut son chapitre en voyant le président de la République de cohabitation comme « un contre-pouvoir politique ») ; P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, *op. cit.*, p. 196 (l'auteur considère que, dès la première cohabitation, le président de la République « est devenu le chef de l'opposition parlementaire, il est même l'opposition à lui tout seul ») ; R. FERRETTI, « La fonction présidentielle : constantes et variantes », art. cité, p. 3 (le président de la République aurait une fonction institutionnelle « que décrit l'article 5 de la Constitution » et une fonction politique « qu'aucun texte ne lui attribue explicitement mais que l'élection au suffrage universel lui a assigné »).

⁸³² Art. 20 de la Constitution.

⁸³³ La Pologne a fait l'expérience d'un président de la République pouvant aller jusqu'à obtenir la démission du Premier ministre à force d'opposition, en « brisant le lien de confiance entre le Parlement et le Gouvernement » (B. SCHAEFFER, *L'Institution présidentielle dans les États d'Europe centrale et orientale*, *op. cit.*, p. 246).

§1. La possibilité d'un « chef sans pouvoir »

Affirmer la fonction symbolique du chef de l'État peut sembler très classique, presque évident. Nombre d'auteurs considèrent que les rois ou les présidents de la République ont une fonction symbolique⁸³⁴. Une telle thèse mérite d'être précisée car elle pose des questions qu'elle laisse sans réponse. Il est rare que soit signalé ce que symbolisent ces chefs, que soit indiqué si cela signifie qu'ils sont dépourvus de pouvoir ou même s'il est possible de dépasser l'oxymore d'un chef sans pouvoir. Ce sont vers les écrits de certains ethnologues et philosophes, ayant contribué à la critique du pouvoir politique, qu'un commencement de réponse peut être trouvé (A), pour être ensuite être mis en rapport avec la figure du chef de l'État dans les démocraties occidentales (B).

A. Les « chefs sans pouvoir » des sociétés « primitives »

134. Dans une perspective évolutionniste des sociétés, l'idée dominante serait celle du passage des sociétés de carence aux sociétés d'abondance. « Presque toujours, les sociétés archaïques sont déterminées négativement, sous les espèces du manque : sociétés sans État, sociétés sans écriture, sociétés sans Histoire⁸³⁵ », sociétés « sans foi, sans loi, sans roi »⁸³⁶. Au contraire les sociétés à État se caractériseraient par l'abondance : abondance de pouvoirs, abondance de richesses, abondance de biens, abondance de lois, etc. L'observateur occidental contemporain est d'abord enclin à considérer comme un oxymore l'idée d'un « chef sans pouvoir ». N'est-ce pourtant pas ce que ce que désigne l'idée d'un chef d'État à la fonction symbolique ?

⁸³⁴ En ce sens, voir par exemple C. AMAR, *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, op. cit., p. 62 et p. 74 ; A. A. CÁRDENES, *La Présidentialisation du système politique, étude de droit comparé Argentine – France*, op. cit., p. 173 ; O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, entrée « Régime parlementaire », p. 885 ; M. DUVERGER, « Les monarchies républicaines », *Pouvoirs*, n°78, 1996, notam. p. 107 et p. 111 ou encore C. PLANTON, *Le Président, la politique étrangère et la défense*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1994, particulièrement p. 90-91

⁸³⁵ P. CLASTRES, *La Société contre l'État. Recherches d'anthropologie politique*, Éditions de Minuit, 1974, rééd. électronique 2011, coll. « Reprise », p. 162.

⁸³⁶ P. CLASTRES écrit ainsi que : « Les premiers chroniqueurs disaient, au XVI^e siècle, des Indiens brésiliens, que c'étaient des gens sans foi, sans roi, sans loi » (*Ibid.*, p. 158).

135. Dans l'ouvrage qu'il consacre à l'étude des « politiques du charisme », Jean-Claude MONOD étudie les conditions de possibilité de l'émergence d'un chef en démocratie et s'interroge sur les qualités d'un chef démocratique. Comme il l'énonce en conclusion, son étude lui aura permis de « signaler des sources non tarées de progrès historique⁸³⁷ ». La première d'entre elles intéresse de près le constitutionnaliste. Jean-Claude MONOD note « l'éloignement de la figure du dirigeant démocratique vis-à-vis des figures du père, du juge-savant et du maître⁸³⁸ » théorisées, notamment, par Alexandre KOJÈVE⁸³⁹. Il conclut à une certaine rupture avec des « modèles d'autorité qui ont été projetés sur elle [*la figure du dirigeant démocratique*] et qui l'ont fait dériver vers des schémas paternaliste ou autoritariste⁸⁴⁰ ».

Mais dans son étude, l'auteur ne fait pas le départ entre les différents organes de l'exécutif⁸⁴¹. Pour le juriste français, les interrogations sur la nécessité, la possibilité, les conditions d'émergence et de pérennité et les fonctions d'un chef en démocratie ne trouvent cependant pas les mêmes réponses s'il s'intéresse à la figure présidentielle ou à la figure primo-ministérielle. Les normes, constitutionnelles en particulier, renseignent sur les prérogatives respectives de l'un ou l'autre de ces organes et permettent de les dissocier. Contrairement au

⁸³⁷ J.-C. MONOD, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ?(...)*, op. cit., p. 304. Il emprunte cette expression à A. HONNETH, *La Société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, trad. franç. par VOIROL O., RUSH P. et DUPEYRIX A., La Découverte, coll. « Armillaire », 2006, p. 223.

⁸³⁸ J.-C. MONOD, *idem*. Voir aussi p. 86-93.

⁸³⁹ Ce triptyque constitue une partie des éléments de la typologie des figures de l'autorité identifiées par Alexandre KOJÈVE : le père (héritage scolastique), le juge-savant (platonisme), le maître (HEGEL) et le chef (ARISTOTE) (A. KOJÈVE, *La Notion d'autorité*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 2004, 208 p.) Outre l'étude conduite par J.-C. MONOD (*Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ?(...)*, op.cit., en particulier p. 63-86), voir J. H. NICKOLS Jr., « L'enseignement de Kojève sur l'autorité », extrait de son étude intitulée *Alexandre Kojève : Wisdom at the End of History*, Rowman & Littlefield Publishers, 2007, parue en langue française in *Commentaire*, n°128, hiver 2009-2010, p. 877-892.

⁸⁴⁰ J.-C. MONOD, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ?(...)*, op. cit., p. 79. *Contra*, imaginant des réformes constitutionnelles pour la France, le professeur JAN écrit : « On doit tenir compte de nos propres caractéristiques. Parmi celles-ci, il y en a une qui n'a jamais disparu : le besoin pour les Français de trouver au sommet de l'État un "Père". Il y a bien longtemps, c'était le roi » (P. JAN, « Les illusions constitutionnelles : brèves réflexions sur les révisions constitutionnelles », *LPA*, n°42, 2007, p. 9). La figure du père serait consubstantielle aux aspirations françaises.

⁸⁴¹ Comme l'indique le sous-titre de l'ouvrage (« politiques du charisme »), la thèse de l'auteur consiste à soutenir qu'un dirigeant qualitativement démocratique ne peut faire l'économie du charisme. Selon lui, se priver de cette forme de légitimité du « chef » pourrait tout aussi bien faire place à des pouvoirs anonymes autrement plus pernicieux et incontrôlables. J.-C. MONOD développe, à partir de l'étude approfondie d'auteurs plus ou moins classiques, les conditions d'émergence d'un chef démocratique. Son étude est féconde pour le juriste en dépit d'une confusion regrettable entre les fonctions de Premier ministre et de président de la République dans les régimes parlementaires et dans le régime français en particulier. Il cite DE GAULLE à plusieurs reprises comme il mentionne NAPOLÉON ou ROOSEVELT, ce qui témoigne d'une confusion dans les titres à agir de chacun et tend à fragiliser l'argumentation en négligeant, si ce n'est la capacité, du moins la vocation du droit à régir le politique.

Premier ministre, le chef de l'État peut être analysé, compte tenu des normes constitutionnelles, comme un « chef sans pouvoir ».

Bien sûr, une telle assertion doit assumer une part de fiction : le président de la République française est loin d'être dépourvu, en droit et en fait, de pouvoir de décision. Mais l'objet du propos est simplement de reconsidérer la signification et le mode d'actualisation de ce pouvoir. Il s'agit d'avancer qu'il est possible d'envisager le président de la République (ou le roi) comme un chef dont la capacité d'agir ne réside dans aucune des figures kojévienne de l'autorité. Le professeur MONOD remarque cependant que :

Suivie jusqu'à son point de fuite, cette ligne reconduit à l'aporie fondamentale, à l'oxymore d'un « chef sans pouvoir » [...], d'une idée du chef déliée des rapports de servitude aussi bien que de la tentation de traiter les citoyens comme des mineurs⁸⁴².

136. Cette aporie doit être interrogée. Comme l'indique l'auteur, c'est à Pierre CLASTRES qu'il revient d'avoir mis en exergue la figure d'un « chef sans pouvoir »⁸⁴³. L'ethnologue a établi ses recherches en prenant radicalement au sérieux la critique ethnocentriste : lorsque les ethnologues considèrent que certains chefs de tribus sont dépourvus de pouvoir politique, ne donnent-ils pas à penser que ce « pouvoir » ne s'exprime que sur le mode de la domination ?

Dans son ouvrage *La Société contre l'État*, CLASTRES démontre que des sociétés, plus ou moins étendues d'un point de vue démographique et territorial, ont su se créer, s'édifier et fonctionner sans la forme hiérarchisée de règles et d'organes que l'on désigne comme « État ». Ces sociétés relativement non hiérarchisées, étudiées par l'élève de Claude LÉVI-STRAUSS, n'en sont pas moins des espaces politiques où s'organise la vie commune et où les hommes vivent en *sociétés*. « Sociétés sans État » dont CLASTRES démontre qu'elles sont en même temps des « sociétés contre l'État ». Dans ces conditions, la question de la place et du rôle du chef en vient rapidement à se poser. Si ces sociétés sont dépourvues de castes, de classes et de hiérarchie, si elles ont quelque chose d'*an*-archique, quelle place peut-on encore faire à l'*archè*⁸⁴⁴ ? Le caractère paradoxal de la question ne doit pas faire craindre l'aporie ; la réponse proposée par CLASTRES réside dans la reformulation du problème.

⁸⁴² J.-C. MONOD, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? (...)*, op. cit., p. 79-80.

⁸⁴³ P. CLASTRES, *La Société contre l'État (...)*, op. cit., 183 p. Cet ouvrage rassemble divers articles publiés par CLASTRES entre 1962 et 1973.

⁸⁴⁴ En grec ancien, la racine -αρχω (archo) renvoie tant à l'idée de commandement et d'autorité qu'à son détenteur, c'est-à-dire au chef.

137. Pour conduire son étude, l'anthropologue affronte les paradigmes qui façonnent l'ethnologie qu'il interroge. Le premier d'entre eux est cette « certitude jamais mise en doute que le pouvoir politique se donne seulement en une relation qui se résout, en définitive, en un rapport de coercition⁸⁴⁵ ». Cette idée est effectivement partagée par bien des ethnologues, eux-mêmes héritiers de ce qui se donne comme une évidence indiscutable de la pensée moderne⁸⁴⁶. L'auteur révèle les limites de ce critère du pouvoir politique, notamment lorsqu'il sert à établir, comme le fit Jean William LAPIERRE en 1968 dans son *Essai sur le fondement du pouvoir politique*⁸⁴⁷, une taxinomie prétendant départager les sociétés archaïques – sans pouvoir – et les sociétés « plus » développées – avec pouvoir. CLASTRES émet l'hypothèse, qui façonne l'ensemble de son ouvrage, que certaines sociétés identifiées comme anarchiques (au sens étymologique du terme : sans chef et sans commandement), ne sont en réalité pas « sans pouvoir » mais admettent une autre relation qui ne se laisse pas saisir par le diptyque « commandement-obéissance ». Conformément aux conceptions d'Étienne DE LA BOÉTIE, il ne s'agit pas de sociétés en attente de l'État mais de sociétés *contre* l'État, s'organisant hors des rapports coercitifs⁸⁴⁸.

138. Pierre CLASTRES dépeint dans ses articles la figure du chef dans les sociétés des Indiens d'Amérique⁸⁴⁹. En dépit de la diversité qui caractérise ces sociétés comme toutes autres, l'ethnologue s'accorde avec Robert LÖWIE sur « trois propriétés essentielles du “leader indien” » : d'abord « “faiseur de paix”, il est l'instance modératrice du groupe » ; obligé à la générosité ensuite ; bon orateur enfin⁸⁵⁰. Il n'y a que la guerre qui transforme ces chefs-serviteurs-du-groupe en chefs-dominateurs. « Le modèle du pouvoir coercitif n'est donc accepté qu'en des occasions exceptionnelles, lorsque le groupe est confronté à une menace

⁸⁴⁵ P. CLASTRES, *La Société contre l'État (...)*, op. cit., p. 11.

⁸⁴⁶ CLASTRES souligne en particulier la proximité de l'héritage nietzschéen et wébérien d'une telle conception du pouvoir (*ibid.*, p. 10-11). Comme l'écrit J.-C. MONOD, le corolaire de ce présupposé est que, « si les sociétés “sauvages” paraissent ne pas faire place à de tels rapports stabilisés, il s'agissait d'un “défaut” essentiel [...] qui, longtemps, vint “expliquer” et légitimer leur “soumission” au colonisateur européen. Ces peuples “sans foi, sans loi et sans roi” avaient besoin d'être introduits par la puissance du guerrier, du prêtre et du légiste à ces nobles réalités, bulles papales et Rois Très Chrétiens missionnant à cette fin les troupes nécessaires » (J.-C. MONOD, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? (...)*, op. cit., p. 152).

⁸⁴⁷ Publications de la Faculté des Lettres d'Aix-en-Provence, Éd. Orphys, 711 p., cité par CLASTRES, *in loc. cit.*

⁸⁴⁸ É. DE LA BOÉTIE écrivait au sujet de l'apparition de l'État : « Quel malencontre a esté cela, qui a peu tant dénaturer l'homme, seul né de vrai pour vivre franchement et lui faire perdre la souvenance de son premier estre, et le désir de le reprendre » (*Discours de la servitude volontaire* (1549), postfaces de P. CLASTRES et de C. LEFORT, Payot, 1976, cité par P. BIRNBAUM, « Sur les origines de la domination politique : à propos d'Étienne de La Boétie et de Pierre Clastres », *RF sc. pol.*, n°1, 1977, p. 6).

⁸⁴⁹ « À l'exception des hautes cultures du Mexique, d'Amérique centrale et des Andes » (P. CLASTRES, *La Société contre l'État (...)*, op. cit., p. 11).

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 27.

extérieure⁸⁵¹ ». Autrement dit, sauf en temps de guerre, ces chefs ne se laissent pas saisir par le triptyque kojévien de l'autorité : ni maître, ni père, ni savant.

La propriété la plus remarquable du chef indien consiste dans son manque à peu près complet d'autorité ; la fonction politique paraît n'être, chez ces populations, que très faiblement différenciée. [...] Certaines d'entre elles, comme les Ona et les Yahgan de la Terre de Feu, ne possèdent même pas l'institution de la chefferie ; et l'on dit des Jivaro que leur langue ne possédait pas de terme pour désigner le chef⁸⁵².

Finalement, ces « leaders indiens » jouissent d'un certain pouvoir qui leur donne seulement droit à la parole, sinon au « monopole de la parole légitime⁸⁵³ ». Pour le reste, leur statut les oblige : il leur incombe un devoir de générosité à toute époque et de protection du groupe en temps de guerre. Leur pouvoir réside dans la dimension symbolique de ces chefs : figures non nécessaires mais utiles à la cohésion d'une société car *figurant* le groupe dans son unité, par delà les clivages. C'est à ce titre que ces exemples de chef sans pouvoir coercitif peuvent utilement servir l'étude des États démocratiques modernes. Ainsi souscrivons-nous à l'affirmation de Jean-Claude MONOD selon laquelle :

Il n'y a rien dans les analyses de CLASTRES qui puisse être directement transposé, aucune leçon politique directe pour « nos » sociétés, mais certainement, au-delà du rejet salutaire de l'ethnocentrisme, une invitation à de libres parallèles et à la relance de l'imaginaire politique. [...] On trouve en effet, dans cette organisation politique amazonienne, un rappel constant aux chefs de ce fait fondamental : le pouvoir vrai se trouve non en eux, mais dans la société. Une fois bien conscients de cette condition, oui, ils peuvent parler – leur discours est attendu, écouté [...] comme une forme de « culture de soi » de la société elle-même, de rêverie à voix haute sur ce qu'elle pourrait être et faire, d'exhortation pour qu'elle s'améliore, d'encouragement, de conseil⁸⁵⁴...

139. Et en dépit des conclusions que tire CLASTRES de ses observations, « le pouvoir qui ne s'exerce pas de manière coercitive peut se révéler bien plus efficace que celui qui se trouve sans cesse dans l'obligation d'avoir recours à la contrainte⁸⁵⁵ ». À notre sens, c'est à tort que

⁸⁵¹ *Loc. cit.*

⁸⁵² *Idem.*

⁸⁵³ J.-W. LAPIERRE, « Sociétés sauvages, sociétés contre l'État », *Esprit*, mai 1976, p. 996-997, cité par P. BIRNBAUM, « Sur les origines de la domination politique : à propos d'Étienne de La Boétie et de Pierre Clastres », art. cité, p. 13.

⁸⁵⁴ J.-C. MONOD, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? (...)*, op. cit., p. 155.

⁸⁵⁵ P. BIRNBAUM, « Sur les origines de la domination politique : à propos d'Étienne de La Boétie et de Pierre Clastres », art. cité, p. 12. Pour P. BIRNBAUM, le pouvoir décrit par CLASTRES comme non coercitif est autrement plus puissant et à la rigueur plus autoritaire que celui des sociétés à « forte différenciation sociale ». Il

CLASTRES dénie aux chefs qu'il décrit toute autorité⁸⁵⁶. Si celle-ci ne s'entend pas aux sens identifiés par KOJÈVE, elle demeure néanmoins sous la forme que Hannah ARENDT avait pu définir comme source d'obéissance sans contrainte ni violence : « l'autorité exclut l'usage de moyens extérieurs de coercition ; là où la force est employée, l'autorité proprement dite a échoué⁸⁵⁷ ».

De là, l'un des « libres parallèles » à opérer consiste à renverser la démarche classique : après avoir projeté le modèle occidental sur ces sociétés jugées archaïques, il paraît possible et utile d'étudier « nos » chefs d'État à l'aune de ces chefs sans pouvoir coercitif mais bénéficiant d'un pouvoir politique symbolique.

B. Les « chefs sans pouvoir » des démocraties occidentales

140. Les écrits de Pierre CLASTRES sur les Indiens d'Amérique autorisent à un rapprochement fécond avec les figures du chef dans les démocraties européennes, parce qu'ils fournissent des exemples de chefs sans pouvoir coercitif, ce qui renseigne en même temps sur des modes alternatifs d'exercice du pouvoir et sur la fonction d'autorité – au sens arendtien du terme – dévolue aux chefs d'État démocratiques. Ces enseignements peuvent servir à interroger l'assertion communément partagée selon laquelle la plupart des « chefs d'État » européens ont une « fonction symbolique ».

141. Rares sont les textes constitutionnels qui l'énoncent explicitement : seules les Constitutions espagnole et luxembourgeoise présentent le roi comme *symbole* de l'unité de

fait ici mention des thèses durkheimiennes selon lesquelles : « Plus la différenciation sociale est faible, plus le pouvoir est fort car il peut seul maintenir la cohésion du groupe ; à l'inverse, la différenciation sociale produite par une division du travail entraîne un déclin de la coercition, l'État n'exerçant plus qu'un rôle fonctionnel, seule la division du travail pathologique (anémique ou de contrainte) faisant ressurgir l'usage de la force » (p. 10).

⁸⁵⁶ Parmi les études consacrées aux chefs sans pouvoir (coercitif) des sociétés sans État, un parallèle intéressant pourrait également être établi avec la figure de l'*amusnaw*. Pierre BOURDIEU décrit ces poètes kabyles comme ceux qui « [disent] ce qu'il faut faire lorsque plus personne ne sait ce qu'il faut penser, [...] ces sages conciliateurs qui arrangent les choses » (P. BOURDIEU, *Sur l'État (...), op. cit.*, p. 56 [Cours du 25 janvier 1990]). Il renvoie à M. MAMMERI et P. BOURDIEU, « Dialogue sur la poésie orale en Kabylie », *Actes de la Recherche en sciences sociales*, n°23, 1978, p. 51-66. Dans ce dialogue, les *amusnaw* sont aussi présentés comme des ambassadeurs ayant vocation à empêcher la guerre (p. 55).

⁸⁵⁷ H. ARENDT, *La Crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 123.

l'État⁸⁵⁸. Mais les chefs d'État ont, bien souvent, plusieurs fonctions. Francis DELPÉRÉE affirme ainsi que le roi belge a une « fonction officielle » et une « fonction symbolique ». Cette dernière est liée à la « magistrature d'influence » du chef de l'État : « le roi parle, écoute, sert éventuellement de médiateur⁸⁵⁹ ». La fonction officielle consiste à « authentifier » des actes normatifs et à « représenter » l'État ; non en tant qu'il l'incarnerait, non en tant qu'il « voudrait pour la nation », mais parce qu'il pourrait l'engager dans les relations internationales. Quant à cette « fonction authenticatrice », partie de la fonction officielle, le professeur DELPÉRÉE écrit :

Monarque ou président de République, quelle importance, en somme ? La république est couronnée. Ou la Monarchie se donne des formes républicaines. Quand ce n'est pas la république qui connaît des tendances – ou des dérives – monarchiques⁸⁶⁰.

Mais, cette proximité entre monarque et président de la République ne se limite pas à la fonction notariale. C'est parce que les chefs d'État ont une fonction symbolique qu'ils ont en même temps une double mission officielle d'authentification et de représentation et qu'ils peuvent être dotés de compétences réelles. En effet, le symbole *est* représentation. Parler d'une fonction symbolique du chef de l'État revient à affirmer qu'il « représente autre chose en vertu d'une correspondance analogique⁸⁶¹ ». Mais que représente-t-il ? Quatre grandes hypothèses jalonnent les textes constitutionnels européens : les chefs d'État sont soit simplement désignés comme tels⁸⁶², soit tenus pour « représentants » de l'État⁸⁶³ ou de la République⁸⁶⁴, soit considérés comme « incarnation » de l'unité du peuple⁸⁶⁵, de la nation⁸⁶⁶

⁸⁵⁸ Art. 56 de la Constitution espagnole aux termes duquel le roi représente également la « pérennité » de l'État et art. 33 de la Constitution du Grand-Duché du Luxembourg.

⁸⁵⁹ F. DELPÉRÉE, « La fonction du Roi », *Pouvoirs*, n°78, 1996, p. 54.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁶¹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2002, entrée « Symbole ».

⁸⁶² Sont dits « chef de l'État » les présidents bulgare (art. 92 de la Constitution : « държавен глава »), chypriote (art. 36 de la Constitution : « *the Head of the State* »), estonien (art. 77 de la Constitution : « *riigipea* »), hongrois (art. 9 de la Constitution : « *államfője* »), italien (art. 87 de la Constitution : « *capo dello Stato* »), slovaque (l'art. 101 de la Constitution prévoit qu'il est « chef de la République » : « *Hlavou Slovenskej republiky je prezident* ») et tchèque (art. 54§1 de la Constitution : « *hlavou státu* ») et les Rois de Belgique (art. 87 de la Constitution), d'Espagne (art. 56 de la Constitution : « *Jefe del Estado* ») et de Suède (le chapitre V du *Regeringsformen* est consacré *Statschefen*).

⁸⁶³ C'est le cas des Présidents allemand (art. 59 de la Constitution), autrichien (art. 65 de la Constitution), bulgare (art. 92 de la Constitution), chypriote (art. 36 de la Constitution), croate (art. 94 de la Constitution), estonien (art. 78 de la Constitution), hongrois (art. 9§3 de la Constitution), letton (art. 41 de la Constitution), lituanien (art. 77 de la Constitution), polonais (art. 126 de la Constitution), portugais (art. 120 de la Constitution) et roumain (art. 80 de la Constitution) ainsi que du roi espagnol (art. 33 de la Constitution).

⁸⁶⁴ Sont explicitement dits « représentant de la République » les présidents autrichien (art. 65 de la Constitution), bulgare (art. 92 de la Constitution), chypriote (art. 36 de la Constitution), croate (art. 94 de la Constitution),

ou de l'État⁸⁶⁷. Comme en France⁸⁶⁸, seuls huit autres pays membres de l'Union européenne ne font pas explicitement de leurs chefs d'État un représentant⁸⁶⁹. Mais, même lorsque le chef de l'État n'est pas dit « représentant », sa fonction symbolique peut être identifiée à travers les compétences qui lui sont dévolues. Conformément au triptyque identifié par CLASTRES, les chefs d'État européens sont très souvent chefs des armées et parfois orateurs habilités. La générosité décrite par l'ethnologue paraît, en revanche, mal s'accorder avec la figure des chefs occidentaux.

142. Dans vingt-et-un⁸⁷⁰ des vingt-huit États membres de l'Union européenne⁸⁷¹, la Constitution prévoit que le président de la République ou le roi sont chefs des armées. La rédaction de la Constitution portugaise est limpide quant aux liens entre la fonction symbolique du président de la République et sa fonction militaire : « [Le président de la République] garantit l'indépendance nationale, l'unité de l'État et le fonctionnement régulier

estonien (art. 78 de la Constitution), polonais (art. 126 de la Constitution), portugais (art. 120 de la Constitution), slovaque (art. 101 de la Constitution) et slovène (art. 102 de la Constitution).

⁸⁶⁵ Président bulgare (art. 92 de la Constitution).

⁸⁶⁶ Présidents hongrois (art. 9§1 de la Constitution) et italien (art. 87 de la Constitution).

⁸⁶⁷ roi espagnol (art. 56 de la Constitution) et Grand-duc du Luxembourg (art. 33 de la Constitution).

⁸⁶⁸ Encore faut-il noter que l'article 80 de la Constitution française prévoyait que : « Le Président de la République préside et représente la Communauté ». Cette disposition, tôt tombée en désuétude, n'en est pas moins restée en vigueur jusqu'à son abrogation par la loi constitutionnelle n°95-880 du 4 août 1995.

⁸⁶⁹ Belgique, Danemark, Finlande, Grèce, Irlande, Malte, Pays-Bas et Suède.

⁸⁷⁰ Sont « chefs des armées » les présidents autrichien (art. 80 de la Constitution), bulgare (art. 100 de la Constitution), croate (art. 100 de la Constitution), estonien (art. 78 de la Constitution), français (art. 15 de la Constitution), hongrois (art. 9 de la Constitution), irlandais (art. 13§4 de la Constitution), italien (art. 87 de la Constitution), grec (art. 45 de la Constitution), letton (art. 42 de la Constitution), lituanien (art. 140 de la Constitution), polonais (art. 134 de la Constitution), portugais (art. 134 de la Constitution), roumain (art. 92 de la Constitution), slovaque (art. 102§k de la Constitution), slovène (art. 102 de la Constitution) et tchèque (art. 63 de la Constitution) ainsi que les Rois du Royaume-Uni (coutume), de Belgique (art. 167 de la Constitution), du Luxembourg (art. 37 de la Constitution) et des Pays-Bas (encore que l'art. 98§2 de la Constitution prévoit, en l'occurrence, que « Les forces armées sont placées sous l'autorité suprême du Gouvernement » lequel est, selon l'art. 42, « formé du roi et des ministres »). De telles dispositions se retrouvent aussi par exemple dans la Constitution des États-Unis d'Amérique qui dispose, en son art. II, section 2 : « Le président sera commandant en chef de l'armée et de la marine des États-Unis ».

Sept États membres de l'Union européenne n'ont donc pas explicitement retenu cette fonction traditionnellement attribuée au chef de l'État mais il faudrait nuancer pour certains d'entre eux. Par exemple, en Finlande, le président de la République n'est pas « chef des armées » mais la Constitution indique qu'il « décide de la paix et de la guerre avec le consentement du Parlement » (art. 93). De la même façon, « il incombe au roi [d'Espagne], avec l'accord préalable des Cortès générales, de déclarer la guerre et de faire la paix » (art. 63 de la Constitution).

⁸⁷¹ De telles dispositions ont, la plupart du temps, une portée symbolique. Mais comme l'indique F. FRISON-ROCHE, plusieurs données peuvent contribuer à affirmer la primauté présidentielle en matière militaire. Il faudrait, pour chacune des Constitutions, observer si le chef de l'État dispose de moyens d'informations et d'action en matière militaire (« Les pouvoirs "périphériques" des présidents d'Europe postcommunisme : symboles ou pouvoirs réels ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n°39, 2008, p. 9-47). Mais sans entrer dans cette démarche, l'affirmation presque unanimement partagée de ce que le chef de l'État est commandant suprême des armées montre avec constance la volonté de le placer, au moins symboliquement, à la tête de la Défense de l'État.

des institutions démocratiques. Il est *par voie de conséquence* le commandant suprême des forces armées⁸⁷² ». Mais au-delà de ce rôle guerrier, la fonction que CLASTRES disait pacificatrice peut également faire écho à la conception constantienne de la mission du « pouvoir modérateur », qu'il soit monarchique ou républicain. L'ethnologue écrit effectivement :

Aussi [*le chef*] doit-il apaiser les querelles, régler les différends, non en usant d'une force qu'il ne possède pas et qui ne serait pas reconnue, mais en se fiant aux seules vertus de son prestige, de son équité et de sa parole. Plus qu'un juge qui sanctionne, il est un arbitre qui cherche à réconcilier⁸⁷³.

Or, en Monarchie comme en République (malgré les précautions et avertissements de CONSTANT), les chefs d'État, même élus au suffrage universel direct, disposent de fonctions de « réconciliation », quand ils ne sont pas explicitement dits « arbitre », « modérateur », « régulateur » ou encore « garant »⁸⁷⁴. La recherche d'une harmonie, à atteindre ou à recouvrer, explique que des compétences dont l'exercice est dispensé de contresigne leur soient parfois attribuées. Et lorsque la Constitution ne les habilite pas à agir, c'est le langage qui peut leur servir d'instrument de concorde. Comme l'indique Pierre CLASTRES, la parole n'est pas dépourvue de tout lien avec la mission pacificatrice du chef⁸⁷⁵.

143. Douze des États de l'Union européenne autorisent explicitement le chef de l'État à adresser directement des messages à la représentation nationale⁸⁷⁶. Parmi ceux-ci, seules les Constitutions bulgare, française et hellénique prévoient la possibilité pour leur président de la

⁸⁷² Art. 120 (nous soulignons).

⁸⁷³ P. CLASTRES, *La Société contre l'État (...)*, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁷⁴ La Constitution portugaise de 1826 l'énonçait de la façon la plus claire : « Le pouvoir modérateur est la clé de toute l'organisation politique, et appartient exclusivement au roi, comme chef suprême de la nation, pour qu'il veille incessamment à la conservation de l'indépendance, de l'équilibre, et de l'harmonie des autres pouvoirs politiques » (art. 71). Certaines Constitutions en vigueur en Europe font, elles aussi, mention de la fonction modératrice du chef de l'État. Par exemple, l'article 56 de la Constitution espagnole établit que : « Le roi est le chef de l'État, symbole de son unité et de sa pérennité ; il est l'arbitre et le modérateur du fonctionnement régulier des institutions ». Dans la Constitution hellénique, « le président de la République [*élu au suffrage universel indirect*] est le régulateur du régime politique » (art. 30). Enfin, pour un exemple tiré d'un régime républicain biélectif, citons l'article 126 de la Constitution polonaise de 1997 qui énonce que : « 1. Le président de la République de Pologne est le représentant suprême de la République de Pologne et le garant de la continuité des pouvoirs publics. 2. Le président de la République veille au respect de la Constitution, il est le garant de la souveraineté et de la sécurité de l'État, de l'inviolabilité et de l'intégrité de son territoire ».

⁸⁷⁵ P. CLASTRES, *La Société contre l'État (...)*, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁷⁶ Les président bulgare (art. 98 de la Constitution), français (art. 18 de la Constitution), grec (art. 44§3 de la Constitution), hongrois (art. 9 de la Constitution), irlandais (art. 13§7 de la Constitution), italien (art. 87 de la Constitution), lituanien (art. 84§18 de la Constitution), polonais (art. 140 de la Constitution), portugais (art. 133 de la Constitution), roumain (art. 80 de la Constitution), slovaque (art. 102§p de la Constitution). Au Royaume-Uni, la Reine prononce le discours du trône à chaque début de législature.

République d'adresser directement un message au peuple. La première, seule, n'émet aucune condition quant à l'exercice de cette compétence⁸⁷⁷. Il est vrai cependant que la modernisation des moyens de communication facilite le contact direct entre les chefs d'État et le peuple. Ils ne sont, dans les faits, pas réduits à la pantomime⁸⁷⁸. Les vœux annuels, par exemple, font office d'une véritable cérémonie, mise en scène de façon solennelle, qui permet au chef de l'État de s'adresser à un public indéterminé de façon unilatérale⁸⁷⁹. Dans le cadre de régimes parlementaires biélectifs, à la manière du problème soulevé par l'arrêt *F. Hollande et D. Mathus*⁸⁸⁰, la question a pu se poser de savoir comment concilier la fonction symbolique du président de la République et l'aura politique que lui confère l'élection au suffrage universel direct. Saisie par des députés de la question de la conformité à la Constitution bulgare de l'utilisation politique par le président de la République de son droit de message à la nation, la Cour constitutionnelle de Sofia a jugé que le chef de l'État était habilité à délivrer des messages de portée politique. Elle prit soin de préciser cependant que, le cas échéant, les parlementaires pouvaient déclencher la procédure d'accusation pour « haute trahison » ou infraction à la « Constitution » prévue par l'article 103§1 de la Constitution⁸⁸¹. Cet exemple

⁸⁷⁷ Art. 98 de la Constitution bulgare. La Constitution française prévoit que le président de la République *doit* s'adresser à la nation par message en cas de recours à l'article 16 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la nation par un message ». La Constitution grecque énonce en son article 44§3 que : « Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, le président de la République peut, après avis conforme du président du Gouvernement, adresser des messages au peuple. Les messages sont contresignés par le Premier ministre et publiés au *Journal officiel* ». Avant la révision de 1986, ni l'avis conforme du Gouvernement, ni le contreseing du Premier ministre n'étaient exigés.

⁸⁷⁸ Sur la fonction tribunitienne du président de la République, voir notam. J.-C. ZARKA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle/majorité parlementaire sous la Cinquième République (1986-1992)*, *op. cit.*, p. 137-139.

⁸⁷⁹ Voir A. TELETIN, « Les vœux présidentiels au Portugal, en France et en Roumanie, et la crise internationale. Les enjeux des formes d'adresse et des procédés d'atténuation/intensification », *Mots. Les langages du politique*, n°101, 2013, p. 31-46.

La même problématique a pris un jour très particulier en Italie, où il est largement admis que le président de la République, quoique élu au suffrage universel indirect, est un acteur central de la vie politique. Par exemple, Ph. LAUVAUX écrit : « Le président de la République italienne [...] s'est confirmé, comme celui des chefs d'État des régimes parlementaires classiques qui dispose, en droit et en fait, des pouvoirs les plus larges et les moins contestés » (Ph. LAUVAUX, « Le président de la République italienne en perspective », in L. MOREL (dir.), *L'Italie en transition. Recul des partis et activation de la fonction présidentielle*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1997, p. 42). Les messages présidentiels (*esternazioni*) ont suscité de nombreux débats doctrinaux. Pour un aperçu de ces questions, voir M. C. GRISOLIA, « Le esternazioni presidenziali », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n°1, 2011. Pour le professeur BIN, le Président NAPOLITANO a voulu *faire avec les mots* » (R. BIN, « Il Presidente Napolitano e la topologia delle forma di governo », *Quaderni costituzionali*, n°1, 2013, p. 10). Notre trad. pour : « abbia voluto cioè *fare con le parole* ».

⁸⁸⁰ CE Ass., 8 avril 2009, *F. Hollande et D. Mathus*, *Rec.* p. 140, préc.

⁸⁸¹ Cour constitutionnelle de Bulgarie, décis. du 21 décembre 1995. Voir la présentation de cette affaire in B. SCHAEFFER, *L'Institution présidentielle dans les États d'Europe centrale et orientale*, *op. cit.*, p. 513.

suffit à se convaincre que le discours du chef de l'État n'est pas dépourvu d'effets et d'enjeux : « le talent oratoire est une condition et aussi un moyen du pouvoir politique⁸⁸² ».

144. Le troisième élément du triptyque de CLASTRES réside dans le devoir de générosité incombant au chef. Ce trait, qui fut aussi souligné par Francis HUXLEY et Claude LÉVI-STRAUSS, apparaît comme un devoir du chef. « Les ethnologues ont en effet noté chez les populations les plus diverses d'Amérique du Sud que cette obligation de donner, à quoi est tenu le chef, est en fait vécue par les Indiens comme une sorte de droit de le soumettre à un pillage permanent⁸⁸³ ». Rien de semblable ne paraît pouvoir s'appliquer à la figure présidentielle ou royale des démocraties occidentales. Aucune norme ne fait peser sur eux un tel devoir de « générosité-imposée ». La fonction symbolique des chefs d'État occidentaux se dessinerait donc, *a minima* – d'autres éléments pourraient bien y être ajoutés –, par des compétences militaire et oratoire.

145. L'étude des textes constitutionnels qui définissent soit explicitement, soit en creux l'insigne fonction, permet de dire que le président de la République ou le roi représentent l'unité et la continuité de l'État. Il ne s'agit pas de dire, avec Georges BURDEAU, que « l'État est un pouvoir » dont le président de la République ou le roi seraient les organes chargés de « faire efficacement valoir [les] exigences »⁸⁸⁴. Les chefs d'État des pays étudiés seraient bien ces « symboles ou allégories » « qu'un demi-siècle d'hégémonie parlementaire avait relégué parmi les abstractions tout juste bonnes à peupler les méditations de quelques théoriciens attardés »⁸⁸⁵. Et s'ils sont, pour certains, « armés pour l'action⁸⁸⁶ », ce n'est pas au nom et en tant que « pouvoir d'État », mais parce qu'ils symbolisent l'unité et la continuité de l'État et qu'un devoir d'apaisement leur incombe. De ce point de vue, il n'est pas évident d'affirmer que « si l'on souhaite un Président de la République qui n'est qu'une figure symbolique [...], il n'est nul besoin de le faire élire au suffrage universel⁸⁸⁷ ». Au contraire, le suffrage universel direct peut permettre de se donner sciemment un chef sans pouvoir, c'est-à-dire une institution unificatrice, pacificatrice et, en ce sens, modératrice, sans qu'elle incarne pour autant l'une des figures kojévienne de l'autorité (père, juge-savant ou maître).

⁸⁸² P. CLASTRES, *La Société contre l'État (...)*, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁸⁴ G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », art. préc., p. 88.

⁸⁸⁵ *Loc. cit.*

⁸⁸⁶ *Idem.*

⁸⁸⁷ F. FRISON-ROCHE, « Dissiper les ambiguïtés. Un Président élu au suffrage universel pour quoi faire ? », *Revue Est Europa*, 2013, p. 175.

L'élection au suffrage universel direct est un moyen de désigner la personne habilitée à exercer les fonctions principalement symboliques que la Constitution confère au Chef de l'État.

Pour résumer, l'étude des textes constitutionnels européens fait apparaître que même « nos » Républiques se donnent des rois qu'il est possible de penser comme des « chefs sans pouvoir »⁸⁸⁸. Aussi mythologique, aussi thaumaturgique et aussi périlleux cela puisse-t-il être, les présidents de la République élus au suffrage universel direct ou indirect, ont, comme les monarques héréditaires, une fonction symbolique. Fonction symbolique qui explique que leur soient confiées des compétences formelles, mais aussi certaines compétences réelles. « Parfois dotés de moyens ponctuels d'intervention dans les processus de décision politique, ils peuvent jouer un rôle modérateur ou un rôle ponctuel de frein (cas du président Klaus en République tchèque)⁸⁸⁹. » Les compétences qui leur sont dévolues, autorisent à les identifier comme des « contre-pouvoirs, extérieurs au couple cabinet-Parlement⁸⁹⁰ ». Mais ces pouvoirs d'action demeurent l'exception : soumis à la contresignature du Premier ministre, la plupart des actes des chefs d'État européens relèvent de compétences de pure forme. Là, la fonction symbolique de ces « chefs » est évidente. Ils ne signent que pour estomper l'origine politique de la décision qui leur est soumise. À travers leur signature, l'unité prend le pas sur les clivages. Ce mécanisme est à l'œuvre dans la signature des nominations par le président de la République française.

§2. Fonction symbolique et compétence de nomination honorifique du président de la Cinquième République

« L'hôte de l'Élysée rabaisé à un symbole a été transfiguré de nos jours, par l'onction populaire, au point de briller au firmament⁸⁹¹. » Les faits donnent assurément raison à Jean

⁸⁸⁸ Cf. les analyses menées par M. DUVERGER, *La Monarchie républicaine, op. cit.*

⁸⁸⁹ A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », art. cité, p. 138.

⁸⁹⁰ *Loc. cit.*

⁸⁹¹ J. GICQUEL, in J.-F. SIRINELLI (dir.), *Dictionnaire historique de la vie politique française au XX^e siècle*, PUF, 1995, entrée « Président de la République », p. 836.

GICQUEL. Il est vrai que « le symbole a perdu de sa superbe⁸⁹² ». Pourtant, contrairement à la tournure choisie par le professeur, fonction symbolique et « onction populaire » ne s'excluent pas l'une l'autre. En droit, le président de la République française ne fait pas figure d'exception dans le tableau des chefs d'État européens : son élection au suffrage universel direct ne lui ôte pas sa fonction symbolique (A) qui explique qu'il lui fut confié d'apposer sa signature sur les nominations les plus importantes de l'État, exprimant par là le caractère honorifique de cette compétence (B).

A. La fonction symbolique du président de la République française

146. À partir de l'étude des constitutions des états européens, une certaine correspondance a pu être soulignée entre la figure du chef dans les sociétés sans État étudiées par CLASTRES et celle des chefs d'État occidentaux : chefs sans pouvoir coercitif à qui l'on confie d'être au moins médiateur et rhéteur. D'autres régimes biélectifs européens ont adopté des dispositions proches de celles de l'article 5 de la Constitution française pour définir la mission assignée à leur président de la République⁸⁹³. Toutefois, il est remarquable que le président de la République française soit le seul des chefs d'États européens à ne pas être tenu de prêter serment avant son entrée en fonction⁸⁹⁴. Dans d'autres régimes, les prestations de fidélité à la Constitution, au-delà du symbole, peuvent aller jusqu'à conditionner l'entrée en fonction du chef de l'État⁸⁹⁵. Surtout, elles requièrent que le président de la République ou le roi

⁸⁹² P. JAN, « La réelle mais fragile prééminence présidentielle sous la V^e République », *LPA*, n°26, 2015, p. 6.

⁸⁹³ En ce sens, voir en particulier l'article 94 de la Constitution croate de 1990 : « Le président de la République de Croatie représente la République de Croatie et agit en son nom, dans le pays et à l'étranger. Le président de la République assure le fonctionnement régulier et équilibré et la stabilité du gouvernement. Le président de la République est responsable de la défense de l'indépendance et de l'intégrité territoriale de la République de Croatie. » ; art. 126 de la Constitution polonaise de 1997 : « 1. Le président de la République de Pologne est le représentant suprême de la République de Pologne et le garant de la continuité des pouvoirs publics. 2. Le président de la République veille au respect de la Constitution, il est le garant de la souveraineté et de la sécurité de l'État, de l'inviolabilité et de l'intégrité de son territoire. 3. Le président de la République exerce ses fonctions dans les limites et selon les principes prévus par la Constitution et par les lois. » ; art. 120 de la Constitution portugaise de 1976 : « Le président de la République représente la République portugaise. Il garantit l'indépendance nationale, l'unité de l'État et le fonctionnement régulier des institutions démocratiques. Il est par voie de conséquence le commandant suprême des forces armées. »

⁸⁹⁴ Une telle cérémonie exista en France jusqu'en 1848 : Constitution française de 1791, art. 4, section 1^e, chap. II, titre III ; Constitution de l'an X, art. 44 ; Constitution de l'an XII, art. 53 ; Charte de 1814, art. 74 ; Charte de 1830, art. 65 ; Constitution française de 1848, art. 48.

⁸⁹⁵ Par exemple, Constitution de la République tchèque, art. 60 : « Si le président de la République refuse de prêter serment ou s'il prête serment sous réserve, il est réputé ne pas avoir été élu ». Il s'agit d'un régime

s'engagent à accomplir leur devoir dans l'intérêt du peuple, de la nation et/ou de l'État, ce qui peut contribuer à les placer immédiatement « au-dessus de la région des orages⁸⁹⁶ » et rappelle la « vertu essentielle [du serment qui] est de concrétiser l'existence d'un État de droit en matérialisant la subordination de la plus haute autorité de l'État par rapport à un statut juridique⁸⁹⁷ ».

147. Mais même en l'absence d'une telle cérémonie, la fonction symbolique, caractéristique de la plupart des chefs d'État, se traduit, s'agissant du président de la République française, au sein d'un réseau de normes et de discours qui la confirment, tout en témoignant parfois de son dévoiement. Lors de la cérémonie d'investiture des deux derniers présidents de la République, le président du Conseil constitutionnel affirma : « À compter de ce jour et pour la durée de votre mandat, vous incarnez la France, symbolisez la République et ses valeurs. Vous représentez l'ensemble des Français⁸⁹⁸ ». Si une telle formule appelle des réserves, il est possible de convenir que le chef de l'État symbolise la continuité de la République et qu'il est abstrait, en droit, des luttes politiques. Outre la durée de son mandat qui était initialement de sept ans⁸⁹⁹ afin de le déconnecter des luttes partisans, outre sa fonction de « garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire⁹⁰⁰ », éléments bien connus et volontiers présentés comme indices (cause et conséquence) de sa dimension arbitrale et non partisane, plusieurs exemples moins connus pourraient être cités.

D'abord, le président de la République est protégé en tant que symbole. Jusqu'en 2013, un délit d'offense au chef de l'État avait vocation à protéger particulièrement la fonction présidentielle⁹⁰¹. L'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse* punissait,

parlementaire biélectif.

⁸⁹⁶ B. CONSTANT, *Principes de politique (...), op. cit.*, p. 159.

⁸⁹⁷ F. SAUVAGEOT, « Le serment des hautes autorités étatiques. Une institution à développer ? », *RDP*, 2006, p. 201. La réponse de l'auteur est résolument affirmative qui, au terme d'une étude de droit comparé sur le sujet, invite à imposer au président de la République française, notamment, le prononcé d'un serment.

⁸⁹⁸ J.-L. DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel, Allocution du 15 mai 2012

(disponible en ligne sur le site du haut Conseil : [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank mm/discours_interventions/2012/ceremonie du PR.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2012/ceremonie_du_PR.pdf)).

Voir aussi l'allocution du 7 mai 2007 (disponible en ligne sur le même site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2007-Election-presidentielle/investiture-du-president-de-la-republique.17534.html>).

⁸⁹⁹ Art. 6 de la Constitution française dans sa version en vigueur entre 1958 et 2002.

⁹⁰⁰ Art. 64 de la Constitution, non modifié depuis 1958.

⁹⁰¹ L'offense, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, était constituée par « toute expression offensante ou de mépris, par toute imputation diffamatoire qui, à l'occasion tant de l'exercice de la première magistrature de l'État que de la vie privée du président de la République, ou de sa vie publique antérieure à son élection, sont de nature à l'atteindre dans son honneur ou sa dignité » (C. Cass., Ch. Crim., 21 décembre 1966, *Bull crim.* n°302).

au titre des « délits contre la chose publique » (*res publica*), l'atteinte à l'honneur et à la considération du président de la République plus sévèrement que la même offense dirigée contre les corps constitués et dépositaires de l'autorité publique. La volonté des parlementaires de la Troisième République était bel et bien de déroger à la liberté d'expression pour protéger la République à travers la protection d'un de ses symboles. Mais cette disposition, contestée par certains républicains de l'époque⁹⁰², a été abrogée par l'adoption de l'article 21 de la loi n°2013-711 du 5 août 2013 *portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France*⁹⁰³.

Le président de la République est, en outre, symboliquement distingué. Il devient, au jour de son investiture, grand maître de l'ordre de la Légion d'honneur⁹⁰⁴ et obtient, de ce fait, la dignité de grand'croix⁹⁰⁵. À son entrée en fonction, le président de la République rejoint donc immédiatement le contingent de la plus haute dignité de l'ordre de la Légion d'honneur. Un tel honneur trouverait son origine dans la mésaventure du Président GRÉVY, seul non décoré siégeant à la tribune officielle le 14 juillet 1880⁹⁰⁶. Une autre forme de distinction peut être discernée lors des déplacements présidentiels. Sur terre ou en mer, le véhicule du président de la République bat pavillon français qui, de 1887 jusqu'en 1995 portait soit les initiales du chef de l'État, soit un signe de son choix. Depuis la présidence de Jacques CHIRAC, les véhicules présidentiels arborent plus simplement le seul drapeau tricolore, éventuellement frangé d'or⁹⁰⁷.

Et la Cour d'ajouter à l'occasion d'une autre affaire que « l'offense adressée à l'occasion des actes politiques atteint nécessairement la personne » (C. Cass., Ch. Crim., 12 avril 1967, *Bull crim.* n°117).

⁹⁰² L'argumentaire développé par le député Alfred MADIÉ DE MONTJAU mérite d'être lu. Reprochant à ses collègues de réhabiliter une loi césarienne, le député leur déclare : « Le Président de la République, issu du choix des Chambres, n'a pas besoin d'être couvert par vos boucliers inutiles comme un prince de droit divin. [...] Ne lui faites pas cette injure de la couvrir malgré lui » (A. MADIÉ DE MONTJAU, *JORF. Débats parlementaires. Chambre des députés. Compte rendu in-extenso*, Impr. du Journal officiel 1881, séance du 1^{er} février 1881, p. 109). Rappelons que lors de cette séance, l'art. 26 fut d'abord rejeté par la Chambre des députés au nom de la liberté de la presse, avant d'être réintroduit par le Sénat (*JORF. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu in-extenso*, Impr. du Journal officiel, 1881, séance du 12 juillet 1881, p. 1106) puis finalement adopté par les députés (*JORF. Débats parlementaires. Chambre des députés. Compte rendu in-extenso*, Impr. du Journal officiel, 1881, séance du 22 juillet 1881, p. 1723).

⁹⁰³ Cet article fut adopté pour tirer les conséquences de la décision du 14 mars 2013, *Eon c./ France*, par laquelle la Cour Européenne des Droits de l'Homme a condamné la France pour violation de la liberté d'expression. Voir O. BEAUD, « À propos de la suppression du délit d'offense au président de la République. Explications et Réflexions », *AJDA*, 2014, p. 25-31.

⁹⁰⁴ Art. R. 3 du Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire.

⁹⁰⁵ Art. R. 8 et 9 du Code préc.

⁹⁰⁶ S. RIALS, *La Présidence de la République, op. cit.*, p. 20.

⁹⁰⁷ Site internet de la Société française de vexillologie : <http://sfvexillo.pagesperso-orange.fr/index.html>.

Enfin, la fonction symbolique du président de la République apparaît de façon éclatante dans deux registres de décision présidentielle. La première réside dans la compétence reconnue au président de la République en 1885, et non remise en cause depuis lors, de décider le transfert au Panthéon de ces grands Hommes auxquels la Patrie est reconnaissante⁹⁰⁸. La seconde est relative aux membres de l'Institut de France et des Académies qui le constitue. « Chaque membre d'une académie jouit sa vie durant de tous les droits et prérogatives que lui confère son élection par ses pairs, dès lors que celle-ci a été ratifiée par une décision du président de la République ou par l'audience de celui-ci en ce qui concerne l'Académie française⁹⁰⁹. » L'institut est explicitement placé sous la protection du président de la République ce qui explique qu'il soit habilité à ratifier les élections. Il peut donc s'y opposer. Seul le Président DE GAULLE le fit en 1959⁹¹⁰, en indiquant au secrétaire perpétuel de l'Académie française qu'il s'opposerait à l'élection de Paul MORAND⁹¹¹. Ce dernier dût attendre près de dix ans, pour que le général revienne sur son refus initial⁹¹².

Même si elle s'est, en fait, doublée d'une fonction politique, c'est cette fonction symbolique du président de la République – idée prégnante en 1958 – qui explique qu'il ait des compétences essentiellement formelles auxquelles s'adjoignent certaines compétences réelles lui permettant d'assurer effectivement le maintien de cette unité-continuité. Confier au

⁹⁰⁸ Le décret signé par Jules GRÉVY le 26 mai 1885 rend le Panthéon « à sa destination primitive et légale. Les restes des grands hommes qui ont mérité la reconnaissance nationale y seront déposés » (Art. 1^{er}). Le décret-loi des 4-10 avril 1791, prévoit que « le nouvel édifice serait destiné à recevoir les cendres des grands hommes à dater de l'époque de la liberté française ». Le décret de 1885 ajoute : « La disposition qui précède est applicable aux citoyens à qui une loi aura décerné des funérailles nationales. Un décret du Président de la République ordonnera la translation de leurs restes au Panthéon » (*Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur*, 48^e année, n°5, 1885, p. 112 et s.). Ce décret-loi est précédé d'un rapport présenté par le ministre de l'Instruction publique de l'époque, M. GOBLET, qui retrace en quelques pages l'Histoire du monument et de sa destination. Le décret du 7 janvier 2015 prévoit qu'« un hommage de la nation à la mémoire de Pierre BROSSOLETTE, Geneviève DE GAULLE ANTHONIOZ, Germaine TILLION et Jean ZAY aura lieu au Panthéon ». Il précise que « le transfert des cendres de Pierre Brossolette et Jean Zay au Panthéon est autorisé ».

⁹⁰⁹ Art. 4 du Règlement général de l'Institut de France approuvé par le décret n°2007-810 du 11 mai 2007 non modifié sur ce point depuis le décret du 11 juillet 1922 *portant règlement général de l'Institut de France*.

⁹¹⁰ Contrairement à ce qu'écrit Patrick GÉRARD, le Président POMPIDOU ne s'est jamais opposé à l'élection de Jacques ISORNI. Ce dernier n'a jamais obtenu le nombre de voix requises. Voir P. GÉRARD, *L'Administration de l'État*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2014, p. 308 ; cf. J.-M. THÉOLLEYRE, « Les délicieux frissons de la "Fièvre verte" », *Le Monde*, 3 décembre 1975. *La Fièvre verte* est l'intitulé du livre de Me ISORNI dans lequel il rend compte de cette élection manquée (*La Fièvre verte. Une candidature à l'Académie française*, Flammarion, 1975, 246 p.).

⁹¹¹ Paul MORAND avait été nommé ambassadeur sous le Régime de Vichy. Voir « L'intervention du "protecteur", *Le Monde*, 25 avril 1959. Voir aussi, dans le journal du même jour, J. PATIER, « La malheureuse affaire Morand ».

⁹¹² Voir l'article signé J.-M. D., « Paul Morand, élu à l'Académie française », *Le Monde*, 26 octobre 1968. L'auteur de l'article rend compte des raisons de la tension qui s'était nouée neuf ans plus tôt.

président de la République la signature de certaines nominations paraît témoigner au mieux de la fonction symbolique qui lui est assignée.

B. Le caractère honorifique des nominations présidentielles

148. Bien des auteurs expliquent l'attribution d'une compétence de nomination au président de la République par un motif à la fois honorifique et politique⁹¹³. Si nous récusons la seconde explication, la première paraît pleinement explicative du choix constitutionnel opéré en 1958 et cohérente avec l'ensemble du dispositif constitutionnel. Le caractère honorifique de la compétence de nomination⁹¹⁴ est lié à la fonction symbolique du chef de l'État. Puisque le président de la République représente l'unité et la continuité de l'État, son seing, en matière de nomination, est doublement source d'honneur : pour celui qui *est nommé*, d'une part, et pour celui qui signe la nomination, d'autre part.

Philippe YOLKA exprime clairement le caractère honorifique bénéficiant au nominataire⁹¹⁵ lorsqu'il écrit que « la signature présidentielle donne corps, mieux que toute autre, au lien entre l'État et ceux qui agissent en son nom⁹¹⁶ ». Charles REIPLINGER commente, quant à lui, l'article 13 de la Constitution en ces termes :

Le Gouvernement change, le Président reste, et c'est d'abord la raison qui est avancée pour justifier que le Président signe des actes parmi les plus importants de l'exécutif. C'est le premier élément qui nous fera dire que, du point de vue des rédacteurs, le Président n'avait pas vocation à exercer politiquement ses compétences. Au contraire : par la signature du Président, l'acte délibéré en Conseil des ministres est délivré des contingences politiques, il n'est pas l'acte d'un Gouvernement mais celui de l'État⁹¹⁷.

L'importance de la signature présidentielle revêt une conséquence pratique considérable quant

⁹¹³ Ph. ARDANT, *Le Premier ministre en France*, Montchrestien, coll. « Clefs. Politique », 1991, p. 114). Cf. J. MASSOT, *Le Président de la République en France*, La Documentation française, 1977, p. 32 ; B. MONTAY, in *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 53 (du PDF disponible en ligne) ; J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », *Revue générale de Droit*, n°36, 2006, p. 670-671 ou encore C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 203.

⁹¹⁴ Dans le même sens, voir M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, op. cit., p. 325.

⁹¹⁵ C'est-à-dire celui est nommé.

⁹¹⁶ Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 758.

⁹¹⁷ C. REIPLINGER, « Commentaire de l'article 13 », in F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République française*, op. cit., 3^e éd., p. 489.

à l'autorité qu'elle confère aux nominataires. Un ancien recteur de l'académie de Paris le confirme :

En province, parmi les fonctionnaires d'autorité, seuls les préfets, les recteurs d'académie, et les directeurs généraux des agences régionales de santé sont investis d'une pareille légitimité qui autorise [*par exemple*] le recteur à s'exprimer dans le débat public, à prendre des initiatives, à dialoguer avec les élus et à mener des projets ambitieux⁹¹⁸.

149. La fonction honorifique de la compétence de nomination présidentielle transparait aussi dans les travaux préparatoires de la Cinquième République. Lors de l'élaboration de la Constitution de 1958, André CHANDERNAGOR voulut amender le projet gouvernemental afin que deux membres du Conseil constitutionnel fussent nommés par le président de la République et deux par le Premier ministre. Michel DEBRÉ s'y opposa : « Les fonctions du Premier ministre sont trop temporaires pour donner de l'autorité à ces désignations⁹¹⁹ ». *A contrario* donc, la nomination par le président de la République, au mandat plus long à l'époque et symbole de continuité, leur conférerait de l'autorité. Et le commissaire du Gouvernement, Raymond JANOT, de souligner que cette autorité ne consistait pas à hiérarchiser les fonctions présidentielle et primo-ministérielle : « Peut-être notre rédaction est-elle à bien des égards imparfaite, mais en tout cas l'esprit de ce document n'est certainement pas d'instituer un bicéphalisme. Le chef du pouvoir exécutif c'est le Premier ministre⁹²⁰ ». Les nominations signées par le président de la République gagneraient donc en autorité, sinon en hauteur, par ce que le chef de l'État symbolise :

Il y a une idée, qui n'est pas, d'ailleurs, tellement juridique, à laquelle le Gouvernement attache la plus grande importance et c'est la suivante : lorsqu'on entre au service de l'État, ce n'est pas seulement au service d'un gouvernement *transitoire*, mais bien au service de l'État qui est permanent. Il est bon que, dans l'acte par lequel le fonctionnaire est lié à l'État, apparaisse précisément cet acte de *continuité* qui est beaucoup plus incarné par la signature du président que par celle d'un Premier ministre⁹²¹.

⁹¹⁸ P. GÉRARD, « Le recteur et son académie », in *L'Art, la gestion et l'État : voyage au cœur de l'action. Mélanges en l'honneur de Pierre Grégory*, Eska, 2013, p. 358.

⁹¹⁹ M. DEBRÉ, COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 1, *op. cit.*, p. 383.

⁹²⁰ R. JANOT, *ibid.*, vol. 2, p. 95.

⁹²¹ R. JANOT, *ibid.*, vol. 3, p. 72 (nous soulignons).

La signature présidentielle était, à son sens, le meilleur vecteur de la permanence recherchée car, par elle, les impétrants reçoivent « une mission de celui qui incarne la continuité nationale⁹²² ».

Certes, lors des débats de la commission constitutionnelle du Conseil d'État réunie fin août 1958, René CASSIN put affirmer que « l'état d'esprit des rédacteurs du projet [était] d'augmenter [*par rapport à la Quatrième République*] la liste des hauts emplois auxquels nommer[ait] le président de la République⁹²³ ». Mais il ne faut pas y voir « la volonté de laisser au président de la République une assez large discrétion pour la très haute fonction publique⁹²⁴ ». Au contraire, pour l'essentiel, la compétence présidentielle de nomination étant subordonnée au contreseing du Premier ministre, cela empêche d'y voir l'expression d'un choix politique du président de la République⁹²⁵.

La perspective holistique qui semble devoir fonder l'appréhension et la présentation du texte constitutionnel se trouve confortée par les propos de Raymond JANOT. Puisqu'en vertu de l'article 5 de la Constitution, le président de la République assure « la continuité de l'État », puisqu'il ne nomme qu'avec le contreseing du Premier ministre, soumettre les nominations à sa signature ne peut s'analyser que comme une compétence honorifique liée à la fonction symbolique du président de la République, représentant non partisan de la continuité de l'État⁹²⁶.

⁹²² *Idem.*

⁹²³ R. CASSIN, Travaux de la commission constitutionnelle du Conseil d'État, 25 août 1958, compte rendu intégral, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, op. cit., vol. 3, p. 321.

⁹²⁴ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 53 (du PDF disponible en ligne). L'auteur interprète en ce sens les mots de René CASSIN.

⁹²⁵ Ce n'est pas ainsi évidemment que DE GAULLE présente les institutions dans ses *Mémoires*, en négligeant un certain nombre de dispositions constitutionnelles. « Dans aucune de ces discussions [*lors du processus de rédaction*] ne se dresse d'opposition de principe contre ce que j'ai, depuis longtemps, voulu. Que, désormais, le chef de l'État soit réellement la tête du pouvoir, qu'il réponde réellement de la France et de la République, qu'il désigne réellement le Gouvernement et en préside les réunions, qu'il nomme réellement aux emplois civils, militaires et judiciaires » (C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. 1, op. cit., p. 35).

⁹²⁶ « Il y a une volonté *symbolique* afin de donner un poids psychologique à l'attitude des militaires et des fonctionnaires. C'est la raison pour laquelle, en principe, le pouvoir de nomination à tous les emplois civils et militaires de l'État réside en la personne du président de la République, même si ce pouvoir est en pratique, délégué au Premier ministre ou aux membres du Gouvernement *qui, de toute façon, contresignent*, les nominations faites par le président de la République ». « Commentaire de la Constitution du 4 octobre 1958 », COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, op. cit., vol. 4, p. 169.

*
* *

Conclusion du chapitre

150. Avancer que le président de la République, signataire des nominations, n'en est que l'auteur nominal et qu'il ne bénéficie pas du pouvoir de désignation, obligeait à s'interroger sur le sens de sa signature. Une première hypothèse, selon laquelle le chef de l'État incarnerait le « pouvoir préservateur » (républicain ou monarchique) théorisé par Benjamin CONSTANT, a pu être écartée : le Président ne présente pas les garanties de la neutralité et ses compétences sont incomparables à celles imaginées par l'auteur libéral. Il paraît donc impropre de convoquer les idées constantiennes pour expliquer et/ou justifier un contrôle présidentiel des nominations.

La seconde hypothèse soulevée a été retenue : le chef de l'État a une fonction symbolique qui explique l'importance de sa signature en matière de nomination. Son seing a quelque chose d'honorifique : il lui « confère de la considération sans [lui] procurer d'avantage matériel ni de pouvoir réel⁹²⁷ ». Ainsi s'exprime le second aspect du caractère formel de la compétence de nomination du président de la Cinquième République. La signature présidentielle ne confère pas le pouvoir de désignation au chef de l'État, mais elle atteste l'éminence de la fonction de l'hôte de l'Élysée, ainsi que celle des emplois, fonctions, dignités et titres pourvus. Le caractère honorifique des nominations est ainsi empreint de réciprocité.

⁹²⁷ TLFi-lex. préc., entrée « Honorifique ».

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

151. La compétence de nomination du président de la Cinquième République est, en droit, une *compétence principalement formelle*.

D'un point de vue négatif, d'une part, affirmer que le président de la République a une compétence de nomination nominale signifie qu'en droit il n'est pas habilité à décider en ce domaine. L'*exigence du contreseing* s'analyse juridiquement comme un transfert de responsabilité impliquant lui-même un transfert du pouvoir de désignation : le chef de l'État dispose de la compétence de nomination mais ne jouit du pouvoir de désignation que pour les actes non contresignés. La Constitution de la Cinquième République invite à prendre acte de l'insigne fonction de la contresignature. Une telle réévaluation du contreseing ne constitue pas pour autant une disqualification de la signature présidentielle.

Car, d'un point de vue positif d'autre part, le seing présidentiel n'est nullement dénué de signification et d'effet. Si le président de la République n'est pas un « pouvoir neutre » au sens que retenait Benjamin CONSTANT, il est néanmoins un organe doté d'une fonction symbolique qu'il manifeste en signant. En matière de nomination, l'*importance de la signature* présidentielle s'exprime sur le mode de la réciprocité. Les actes qu'il signe se trouvent, avec lui, symboliquement détachés des enjeux partisans ; sa compétence de nomination a un caractère honorifique.

Une telle analyse peut paraître déconnectée de la réalité de la pratique institutionnelle qui érige le président de la République en premier décideur politique, se substituant presque au Premier ministre en matière de nomination. Divers éléments ont déjà permis d'expliquer la précellence présidentielle telle qu'elle est présentée par une part importante de la doctrine. Nombre d'auteurs l'expliquent ou la justifient principalement en tirant argument de l'élection du président de la République au suffrage universel direct, conjuguée à la faculté de révoquer à discrétion le Premier ministre, confortée par l'idée que le président de la République serait responsable. Ces arguments, discutables en droit et qui s'évanouissent en période de cohabitation, confrontent l'analyse non réaliste du droit au défi du paradoxe « gnoséopoïétique » défini par Otto PFERSMANN. Dans l'hypothèse où un ensemble de normes

« concrétisantes⁹²⁸ » sont invalides⁹²⁹, le juriste qui entend étudier le système *S* voit s'offrir à lui deux options : soit il décrit ces « normes non valides » et ne présente donc pas le système *S* mais un système *S'* ; soit il n'étudie pas ces « normes invalides » (après avoir apporté la preuve de leur défaut essentiel) et propose alors l'analyse d'un système qui n'existe plus⁹³⁰.

Étudier la compétence présidentielle de nomination sous la Cinquième République confronte inexorablement le juriste à ce dilemme. À ce stade de l'étude, le lecteur conclura peut-être au caractère *para-* ou *ir-réaliste* de la démonstration selon laquelle le président de la République n'a qu'une compétence de nomination essentiellement formelle. Tel est le droit de la Cinquième République en matière de nomination, en dépit de ce que l'observation empirique inviterait à conclure. Il convient désormais de montrer comment le président de la République a pu capter le pouvoir de nomination, c'est-à-dire comment il peut désigner et/ou nommer sans habilitation ou en vertu d'une habilitation fautive, et ce, au prix d'un déséquilibre systémique certain. L'essentiel de la réponse gît dans la compétence de nomination elle-même.

*
* *

⁹²⁸ Nous appelons « normes concrétisantes » ou « normes de concrétisation », les actes ayant pour objet de particulariser une norme qui leur est supérieure dans l'ordre de la production. Une telle perspective s'inscrit dans une conception dynamique du système juridique. Pour des développements à ce sujet, voir O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », art. préc., p. 489 et s.

⁹²⁹ À strictement parler, elles cessent d'être des normes du système juridique considéré.

⁹³⁰ « Accepter la décision [*non valide quoique potentiellement acceptée par tous*] comme norme valide équivaut à cautionner une révolution juridique, c'est-à-dire à un changement de système, ne pas accepter la décision équivaut à considérer comme existant un système qui, éventuellement ne dispose plus d'aucune efficacité et dont l'analyse et la connaissance ne présente qu'une très faible valeur pratique. Affirmer la validité persistante de l'ancien système pourrait alors devenir aussi idéologique que de prôner la validité du nouveau système » (O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », art. préc., p. 519).

TITRE SECOND. UN POUVOIR CAPTÉ

« Ce qui est écrit, fût-ce sur un parchemin, ne vaut que par l'application. »

C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. 1 *Le renouveau (1958-1962)*, Plon, 1970, p. 37.

« Les comédies ne sont faites que pour être jouées ; et je ne conseille de lire celles-ci qu'aux personnes qui ont des yeux pour découvrir dans la lecture tout le jeu du théâtre... »

MOLIÈRE, *L'Amour médecin*, Avertissement liminaire adressé aux lecteurs in *Œuvres de Molière*, Lefèvre, 1833, p. 267.

152. Concluant son étude lexicométrique⁹³¹, Dominique LABBÉ affirme que :

François Mitterrand a bien assimilé l'interprétation gaullienne des institutions. Un président politiquement irresponsable reçoit en charge la France. [...] Une hiérarchie implicite le place au sommet de l'État au-dessus des autres acteurs politiques et des pouvoirs de la République. Enfin le président est seul juge des limites exactes de ses compétences⁹³².

⁹³¹ La lexicométrie et la logométrie ont permis à des chercheurs d'analyser quantitativement les discours publics pour en dégager les thèmes récurrents, les ressorts argumentatifs, les conceptions sous-jacentes à l'usage de certains lemmes, etc. Sur la méthodologie, voir notam. C. LABBÉ et D. LABBÉ, « Lexicométrie : quels outils pour les sciences humaines et sociales ? », article présenté lors des journées d'études de l'Association Internationale des Sociologues de Langue Française in *Usages de la lexicométrie en sociologie*, 12-13 juin 2013. (disponible en ligne sur le site HAL-SHS : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00834039/document>). Ces études ont tôt été appliquées au vocabulaire des hommes politiques. Par exemple, J.-M. COTTERET et R. MOREAU, *Le Vocabulaire du général de Gaulle*, Armand Colin et Fondation nationale des sciences politiques, coll. « Travaux et recherches de science politique », 1969. Sauf en introduction, les auteurs de l'ouvrage ne tirent pas (beaucoup) de conclusions sur la conception gaullienne de la fonction présidentielle. L'ouvrage est cependant remarquable, étant l'un des premiers à exposer rigoureusement sa méthode de dépouillement et de calcul.

⁹³² D. LABBÉ, *Le Vocabulaire de François Mitterrand*, Presses de la fondation nationale de sciences politiques, 1990, p. 110. La survalorisation très personnalisée de la mission présidentielle dans le discours mitterrandien se révèle aussi dans les communications des différents candidats à l'élection présidentielle. Chacun s'applique à faire valoir sa conception de la France, substantif le plus utilisé par les quatre candidats étudiés par les auteurs des « radioscopiques de la campagne présidentielle de 2012 » (F. BAYROU, F. HOLLANDE, M. LE PEN et N. SARKOZY) : c'est la tête du pays qu'ils visent manifestement en véhiculant une « certaine idée de la France » (D. LABBÉ et D. MONIÈRE, « Radioscopiques de la campagne présidentielle. 8. La spirale de la négativité

Une telle conclusion vaut aussi bien pour chacun des présidents de la Cinquième République. L'analyse lexicométrique des discours confirme la tension entre la fonction symbolique du chef de l'État que recèle le texte constitutionnel et son engagement politique que la pratique semble avoir fait loi. Ce que la logométrie a révélé se trouve confirmé par les analyses juridiques. Effectivement, le président de la République est juge des limites de sa compétence de nomination par dérogation au principe d'indisponibilité des compétences. À en croire DE GAULLE, la Constitution n'était qu'un parchemin, qu'une comédie faite pour être jouée, sans didascalies⁹³³.

Ce phénomène par lequel le président de la République a pu « capter⁹³⁴ » la compétence de nomination n'est pas seulement un phénomène factuel qui ne se laisserait saisir qu'à l'aune de rapports de pouvoir. S'il est globalement possible de considérer que « le rôle du Président de la V^e République [...] ne se laisse guère saisir par le droit constitutionnel strict⁹³⁵ », les nominations obligent à la nuance, car le rôle prééminent du président de la République en ce domaine se laisse au moins autant saisir par les normes (si tel est le droit strict) que par la

[25 mars au 7 avril] », note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 38 p.). Voir les autres références, très éclairantes, de la « radioscopie » citées en bibliographie.

Pour la démonstration de l'évolution parallèle du langage et de la fonction présidentiels, les travaux de Damon MAYAFFRE sont incontournables. Voir en particulier, D. MAYAFFRE, *Le Discours présidentiel sous la V^e République. Chirac, Mitterrand, Giscard, Pompidou, de Gaulle*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2012, 384 p. et également, du même auteur, *Nicolas Sarkozy. Mesure et démesure du discours. 2007-2012*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2012, 368 p.

Des travaux de logométrie sont actuellement conduits par l'« UMR 7320, Bases, corpus, langage » du CNRS et notam. par l'équipe « Logométrie et corpus ». Un site internet remarquable est spécialement dédié aux « mesures du discours présidentiel », il s'agit de l'Observatoire du discours présidentiel français de 1958 à 2015. : <http://mesure-du-discours.unice.fr/presidents/>.

⁹³³ Sur l'analogie entre Constitution et théâtre (et Constitution et roman), voir par exemple B. CUBERTAFOND, « Le roman de la V^e République à l'aube du démo-despotisme », *Pouvoirs*, n°104, 2003, p. 159-168 et, du même auteur, « L'interprétation, coup de force issue d'une bataille politique », *Politeia*, n°17, 2010, p. 461-469.

⁹³⁴ « Capter » signifie « Prendre, s'emparer par des moyens concrets de différente nature » (*TLFi-lex.*, préc., entrée « Capter »). Cette expression nous semble exprimer au mieux le phénomène observable sous la Cinquième République par lequel le chef de l'État a pu s'emparer du pouvoir, en particulier par le biais des nominations. Elle est d'ailleurs retenue par certains auteurs. Par exemple, P.-O. CAILLE, « Président de la République », art. cité, § 45 et s. Voir surtout A. LE DIVELLEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », art. cité, p. 350 ou « Le Prince inapprivoisé (...) », art. cité, p. 121 et s.). D'autres expressions sont également retenues. Marie-Anne COHENDET retient l'expression « pouvoirs détournés » (M.-A. COHENDET, *Le Président de la République*, op. cit., p. 53 et s.), Anne-Marie LE POURHIET estime qu'il s'agit de « pouvoirs endossés » (A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 374 et s.).

⁹³⁵ A. LE DIVELLEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », art. cité, p. 350. Il faut toutefois noter que l'auteur relèvera dans un autre de ses écrits que « l'emprise présidentielle est juridiquement insaisissable (en dehors, peut-être, d'une partie importante du pouvoir de nomination aux grands emplois de l'État et de la sphère publique) puisqu'il ne détient, en droit, presque aucune compétence de pilotage direct des affaires de l'État » (A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? (...) », art. cité, p. 17 [du PDF disponible en ligne]).

pratique⁹³⁶. Dès 1958, deux mécanismes furent à l'œuvre dans le phénomène de captation étudié, qui déploient encore leurs effets : un ressort juridique d'une part ; un jeu d'influences d'autre part. L'un et l'autre opèrent de concert et non de façon strictement distincte ou chronologique⁹³⁷.

L'étude du premier mécanisme permettra de révéler les limites aux fondements de la compétence de nomination du président de la République. Ce sont bien des normes, dont il faudra interroger la conformité à la Constitution, qui ont permis au président de la République de capter une large part de la compétence de nomination sous la Cinquième République (**Chapitre premier**). À ce jeu de normes s'ajoutent des ressorts de pouvoir qui, dans l'arsenal des moyens d'action du président de la République, révèlent avec force la spécificité de la compétence de nomination : par ses nominations, le chef de l'État a pu influencer l'étendue de sa propre compétence de nomination en la perpétuant et en l'augmentant en même temps qu'il a pu s'approprier le pouvoir de désignation ; persévérant, de ce fait même, dans cette situation particulière qui le place au sommet de la hiérarchie des acteurs politiques du système de la Cinquième République. Les nominations apparaissent ainsi comme un vecteur de préservation et de persévérance du pouvoir présidentiel ; elles sont un des principaux moyens du *conatus* du pouvoir⁹³⁸ (**Chapitre second**).

⁹³⁶ Cf. B. CHANTEBOUT, *L'Organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, *op. cit.*, p. 184 : « C'est sans doute en matière de défense que l'évolution du régime depuis 1958 trouve sa plus complète illustration, puisqu'ici elle ne ressort pas seulement d'une analyse des faits toujours sujette à caution, mais des textes réglementaires qui ne prêtent pas à l'équivoque ». *Mutatis mutandis*, une telle conclusion est applicable en matière de nomination.

⁹³⁷ F. O. GISBERT put ainsi écrire qu'avant la première cohabitation – mais ceci vaut tout aussi bien en période de concordance de majorités – le président de la République a « [tissé] sa toile [...] sur tout l'appareil de l'État. Il [a] [verrouillé] le jeu. Il en [a] même [changé] les règles » (F. O. GISBERT, *Le Président de la République*, Seuil, 1990, p. 268, cité par J.-C. ZARKA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle/majorité parlementaire sous la Cinquième République (1986-1992)*, *op. cit.*, p. 99).

⁹³⁸ « Le pouvoir est animé par une sorte de *conatus*, pour parler comme Spinoza, [...] d'une tendance à persévérer dans l'être » (P. BOURDIEU, *Sur l'État. (...)*, *op. cit.*, p. 419 (Cours du 24 octobre 1991)).

CHAPITRE PREMIER. UN POUVOIR CAPTÉ PAR L'EXTENSION DE LA COMPÉTENCE

153. Une perspective, générale et replaçant la compétence de nomination dans le régime de la Cinquième République, a permis une première qualification de cette prérogative : une compétence formelle. Si la signature présidentielle n'appelle pas de pouvoir décisionnel et si elle exprime la fonction symbolique du chef de l'État, il demeure néanmoins nécessaire d'étudier précisément les fonctions, emplois, dignités ou titres auxquels il est concrètement habilité à nommer⁹³⁹. En d'autres termes, se pose la question de l'ampleur de la compétence, c'est-à-dire du champ d'application de cette habilitation. Afin de démontrer comment le président de la République a pu se rendre maître de son habilitation, ce sont d'abord les normes l'habilitant à nommer qu'il faut précisément interroger. Leur interprétation extensive (**Section 1**) a permis l'adoption de normes d'application (ou normes de concrétisation) parfois fautives, qui ont permis l'extension indue de la compétence de nomination du président de la République (**Section 2**).

⁹³⁹ Nous distinguons la question de savoir quels emplois peuvent être pourvus de celle, plus concrète encore, consistant à se demander qui peut être nommé, d'une part et qui est effectivement nommé, d'autre part. La première question porte sur l'habilitation ; la seconde série d'interrogations porte sur l'exercice de cette habilitation. Sur cette dernière, voir la seconde partie de la thèse.

SECTION 1. LA SIGNIFICATION DES NORMES HABILITANT LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE À NOMMER

154. Diverses dispositions constitutionnelles confient une compétence de nomination au président de la République. La première d'entre elles est l'article 13 de la Constitution. Les autres dispositions concernent la nomination du Premier ministre et des ministres (art. 8), la nomination de membres du Conseil constitutionnel (art. 56), la nomination de personnalités qualifiées au Conseil supérieur de la magistrature (art. 65) ainsi que la nomination du Défenseur des droits (art. 71-1).

La Constitution fournit deux informations quant à la compétence de nomination du président de la République. D'une part, à la lecture du texte constitutionnel, il apparaît que – réserve faite d'un recours à la loi constitutionnelle⁹⁴⁰ – seul le législateur organique peut réduire ou étendre l'habilitation présidentielle. La loi organique seule aurait donc prise sur la ductilité⁹⁴¹ de cette compétence (§1). D'autre part, le texte constitutionnel révèle que le président de la République *doit* exercer sa compétence. Il est tenu de signer et donc de nommer ; la Constitution atteste le caractère obligatoire de l'habilitation⁹⁴² (§2).

§1. Une compétence à la ductilité maîtrisée par le législateur organique

155. Les articles 8, 56, 65 et 71-1 du texte constitutionnel fournissent une première approche de l'étendue de la compétence de nomination du président de la République. Si ces quatre

⁹⁴⁰ Par exemple, la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 a réduit le nombre de membres du Conseil supérieur de la magistrature nommés par le président de la République.

⁹⁴¹ Selon le *TLFi-lex*. (entrée « Ductilité »), la ductilité désigne la « propriété de se laisser étirer, battre, travailler sans se rompre ». Le terme est ici utilisé au sens figuré car il permet de viser à la fois la possibilité d'extension ou de réduction de la compétence de nomination du président de la République en même que son irréductibilité. La Constitution définit la part « fixe » de la compétence dévolue au Président, la loi organique pouvant ensuite réduire ou étendre le surplus non constitutionnalisés.

⁹⁴² Nous distinguons l'idée développée dans le premier titre de la thèse selon laquelle le président de la République ne bénéficie pas du pouvoir de désignation de celle selon laquelle il pourrait ne pas être tenu de signer. Il convient d'étudier en profondeur la question d'une éventuelle faculté d'empêcher envisagée ci-avant. L'objet de la présente section est de démontrer que tel n'est pas le cas. Le président de la République n'aurait donc ni pouvoir décisionnel, ni faculté d'empêcher.

articles permettent de cerner le champ d'application de l'habilitation présidentielle, il n'en va pas de même s'agissant de l'article 13 qui mérite d'être spécifiquement étudié.

Cet article énonce que « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres.

Il nomme aux emplois civils et militaires de l'État.

Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales, sont nommés en Conseil des ministres.

Une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom.

Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation, le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés »⁹⁴³.

L'article a soulevé des questions qui entretiennent d'étroits rapports entre elles à tel point qu'elles sont souvent confondues. Le président de la République peut-il nommer par décret non délibéré en Conseil des ministres⁹⁴⁴ ? Dispose-t-il de la compétence générale de nomination ? Même si une réponse négative à la première question paraît plus convaincante, un doute demeure qui la rend relativement indécidable. Seul le législateur organique pourrait

⁹⁴³ Afin de faciliter la lecture des pages suivantes, l'article 13 de la Constitution et l'ordonnance n°58-1136 sont reproduits sur un intercalaire mobile (intercalaire II).

⁹⁴⁴ Suivant l'expression consacrée, nous dirons aussi « décret(s) simple(s) ». Sur l'organisation du conseil des ministres, voir « Règlement intérieur des travaux du Gouvernement » adopté par le Conseil des ministres le 3 février 1947. Reproduit, in R. PY, *Le secrétariat général du Gouvernement*, La Documentation Française, 1985, 128 p. Voir aussi les récits que nous ont livrés Renaud DENOIX de SAINT MARC (particulièrement p. 588 et s.), Frédéric SALAT-BAROUX (p. 594 et s.), Marceau LONG (p. 611 et s.), Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU (p. 624 et s.) et Michel CHARASSE (p. 645 et s. et p. 655 et s.) et qui figurent en annexe 2 de la présente thèse.

étendre la compétence de nomination exercée en conseil des ministres. Il n'est pas certain en revanche qu'il puisse habiliter le président de la République à nommer par décret simple (A). La réponse à la seconde interrogation, quoique partiellement tributaire de la réponse à la première question, mérite d'être reformulée pour en mesurer la pleine portée (B).

A. Interrogations sur la possibilité d'actes de nomination non délibérés en Conseil des ministres

Les interprétations génétique⁹⁴⁵ (1), linguistique⁹⁴⁶ (2) ou systémique (intra- et extra-textuel)⁹⁴⁷ (3) de l'article 13 de la Constitution aboutissent à des conclusions potentiellement contradictoires⁹⁴⁸.

1. Des rédacteurs favorables à des nominations pourvues par décret simple

156. Les premières rédactions du texte constitutionnel, au cours du printemps 1958, semblaient limiter l'intervention présidentielle au Conseil des ministres et réserver au Premier ministre les nominations non délibérées en Conseil des ministres. L'avant-projet du 3 juin 1958 proposé par Michel DEBRÉ établissait que « le président de la République nomme en Conseil des ministres les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires, les représentants de l'État dans les départements et territoires français, les secrétaires généraux et les directeurs des administrations centrales,

⁹⁴⁵ Il s'agit de l'interprétation fondée, d'une part, sur l'analyse de la volonté des rédacteurs telle qu'elle résulte de leurs échanges et, d'autre part, de l'interprétation du texte constitutionnel au regard des conditions que la loi du 3 juin 1958 établissait pour son élaboration.

⁹⁴⁶ L'analyse linguistique (dite aussi littérale ou sémiotique) désigne l'étude des mots employés dans l'énoncé normatif, afin mettre au jour le(s) sens du texte.

⁹⁴⁷ L'interprétation systémique (dite aussi holistique) intra-textuelle consiste à rechercher le(s) sens d'une norme en tenant compte du *contexte* dans lequel elle s'inscrit, c'est-à-dire en considérant son interaction avec les autres normes constitutives du système juridique. L'interprétation systémique extra-textuelle cherche à déceler le(s) sens de la norme étudiée en prenant acte de son contexte substantiel. Autrement dit, elle consiste à interroger le(s) sens de la norme à partir « d'une lecture globale de l'ordre juridique, c'est-à-dire d'une interprétation du droit » (la citation est tirée de H. RABAULT, *L'Interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 220, cité par F. BRUNET, *La Normativité en droit*, *op. cit.*, p. 367).

⁹⁴⁸ Telles sont les méthodes d'interprétation retenues en introduction de la thèse (voir *supra* p. 59 et s.).

les officiers généraux et les recteurs des universités. Le Premier ministre nomme aux autres emplois civils et militaires⁹⁴⁹ ».

À cela s'ajoute, le 27 juin une disposition selon laquelle « le Premier ministre nomme à tous les emplois civils et militaires et exerce le pouvoir réglementaire pour l'exécution des lois et des ordonnances. Toutefois, lorsque ces mesures doivent être soumises au Conseil des ministres, elles sont signées par le président de la République⁹⁵⁰ ».

Le 7 juillet, les documents soumis au comité interministériel le confirmaient encore : « [Le Premier ministre] nomme aux emplois civils et militaires, à l'exception de ceux dont les titulaires ne peuvent être nommés qu'en Conseil des ministres⁹⁵¹ ». Cette rédaction fut maintenue, en substance, lors des séances des 10⁹⁵² et 15 juillet 1958⁹⁵³, c'est-à-dire pendant toute la période de travail « gouvernemental⁹⁵⁴ ». La distribution des compétences à ce moment de la rédaction du texte paraissait donc claire : le président de la République ne devait nommer *que* en Conseil des ministres.

157. Un doute est cependant jeté à partir du 19 juillet 1958. À cette date, il fut prévu que « [le président de la République] nomme aux emplois civils et militaires de l'État dont la liste est fixée par une loi organique ». Le Premier ministre, quant à lui, « nomme aux emplois civils et militaires sous réserve des dispositions de l'article 11 [*il s'agit du futur article 13*]⁹⁵⁵ ». Ainsi que les débats en rendent compte, les rédacteurs semblent avoir changé de position au cours de leurs travaux du mois de juillet. Paul REYNAUD l'affirme sans détour et sans contredit : les auteurs « ont voulu que le président de la République nomme au-delà des emplois [...] en Conseil des ministres⁹⁵⁶ ». Finalement, le texte adopté par le Comité consultatif constitutionnel, soumis à la commission constitutionnelle du Conseil d'État le 21 août, ne comportait plus d'énumération et ne retenait qu'une formule générale : « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres.

⁹⁴⁹ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 1, *op. cit.*, p. 253. Cette version est maintenue dans les documents de J. SOLAL-CÉLIGNY et L. BERTRAND datés du 18 juin 1958 (*ibid.*, p. 266).

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 294.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 358.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 415.

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 429-441 et particulièrement p. 432.

⁹⁵⁴ Cette expression ne doit cependant pas faire oublier que le Gouvernement n'est pas le seul acteur de la première phase d'élaboration de la Constitution. Sur les membres participant activement à la rédaction et leurs liens avec le Gouvernement DE GAULLE et Michel DEBRÉ, voir *infra*, p. 270 et s.

⁹⁵⁵ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 1, *op. cit.*, p. 459.

⁹⁵⁶ COMITÉ CONSULTATIF CONSTITUTIONNEL, séance du 8 août 1958, *ibid.*, vol. 2, p. 331.

Il nomme aux emplois civils et militaires de l'État.

La loi détermine les emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres. Elle fixe ceux dont la nomination est déléguée au Premier ministre ou aux ministres⁹⁵⁷ ».

158. Les séances des 25 ou 26 août 1958 furent l'occasion, pour les membres du Conseil d'État, de s'interroger sur la rédaction retenue : fallait-il, comme en 1946, fixer la liste des emplois pourvus en Conseil des ministres ou fallait-il confier cette compétence au législateur ? Les membres de la commission constitutionnelle du Conseil d'État furent partagés. Certains privilégiaient l'établissement d'une liste exclusivement constitutionnelle⁹⁵⁸, d'autres l'intervention d'une loi ordinaire⁹⁵⁹, d'autres, enfin, d'une loi organique⁹⁶⁰. En définitive, suivant les préconisations de Jean BURNAY, les membres de la commission réintroduisirent une liste d'emplois⁹⁶¹ et retinrent la compétence du législateur organique. Telle est la dernière version figurant dans le décret n°58-806 du 4 août 1958 *portant publication du projet de Constitution soumis au referendum en vertu de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958*⁹⁶² qui deviendra l'article 13 de la Constitution.

Il ressort des échanges devant la commission constitutionnelle du Conseil d'État que les rédacteurs, au moins à partir du mois de juillet 1958, entendirent permettre au président de la République de pourvoir à certains emplois même par décret non délibéré en Conseil des ministres⁹⁶³. Cela explique la formule générale de l'alinéa 2 de l'article 13 : « le président de la République nomme aux emplois civils et militaires de l'État ». Tous s'accordèrent finalement sur la situation résumée par Charles BRASART, président de la section des finances, selon lequel quatre niveaux de nominations devaient être distingués : les nominations par décret du président de la République en Conseil des ministres, les

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 642.

⁹⁵⁸ Telle est la position défendue par MM. BURNAY et LATOURNERIE (*ibid.*, vol. 3, p. 74).

⁹⁵⁹ *Loc. cit.* La dernière rédaction retenue et examinée par le Comité consultatif constitutionnel retenait la compétence du législateur ordinaire. Faute de meilleure formule, nous utiliserons l'expression « lois ordinaires », consacrée en doctrine, pour les distinguer des « lois organiques ».

⁹⁶⁰ *Loc. cit.* M. JOUANY se prononça en ce sens.

⁹⁶¹ *Loc. cit.* Comme le rappela R. CASSIN à la commission, certains hauts fonctionnaires se plaignirent que leur emploi ne figurât pas dans le projet de Constitution. En outre, pour le président LATOURNERIE : « Traiter de cette matière dans la Constitution n'a rien de scandaleux. On peut même soutenir que c'est une garantie pour un fonctionnement régulier de l'État » (*ibid.*, p. 75).

⁹⁶² *JORF* du 5 septembre 1958, p. 8286 et s.

⁹⁶³ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 3, *op. cit.*, p. 72-76 en particulier.

nominations par décret présidentiel simple, les nominations par décret du Premier ministre⁹⁶⁴ et les nominations par arrêté ministériel⁹⁶⁵. La rédaction retenue n'en est que plus déconcertante.

2. Des doutes suscités par l'interprétation linguistique

159. L'interprétation sémiotique pourrait paraître limpide : le président de la République semble être habilité à nommer *seulement* aux emplois civils et militaires de l'État pourvus par décret délibéré en Conseil des ministres. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 13 dicte le moyen juridique par lequel le président de la République est habilité à agir : « les décrets délibérés en Conseil des ministres ». L'alinéa 3 établit une première liste d'emplois *pourvus en Conseil des ministres*. Enfin, l'alinéa 4 habilite le législateur organique à choisir « les *autres* emplois auxquels il est pourvu *en Conseil des ministres*⁹⁶⁶ ». Autrement dit, la Constitution ne semble autoriser aucune nomination par décret présidentiel simple⁹⁶⁷. Certes l'alinéa 2 énonce de façon générale que « [le président de la République] nomme aux emplois civils et militaires de l'État », mais il ne suffit pas, seul, à disqualifier la portée des trois autres alinéas qui visent expressément le « Conseil des ministres ». La réciproque est cependant vraie.

Car en admettant que l'alinéa 2 habilite le président de la République à nommer par décret délibéré en Conseil des ministres comme en dehors du Conseil des ministres, le reste de l'article ne se trouve pas, pour autant, privé de signification. En effet, de ce point de vue, seules certaines nominations doivent être délibérées en Conseil des ministres, soit en vertu de la Constitution (alinéa 3), soit en vertu d'une disposition législative organique (alinéa 4) et le président de la République est compétent pour pourvoir aux autres emplois civils et militaires de l'État par décret simple⁹⁶⁸. Mais alors l'article 21, aux termes duquel « sous réserve des

⁹⁶⁴ Les membres de la commission s'interrogèrent également sur la notion de délégation au Premier ministre. Voir à ce sujet les développements de S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2011, p. 310-311. Cf. aussi *infra*, p. 257 et s.

⁹⁶⁵ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 3, *op. cit.*, p. 76.

⁹⁶⁶ Nous soulignons.

⁹⁶⁷ Pour des analyses proches, voir par exemple B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 512 ; M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 190 et s. ; A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 378 ou encore G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation, op. cit.*, p. 421.

⁹⁶⁸ Par exemple, en ce sens, J. COLIN, « Autorités investies du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État », art. cité., p. 81 ; M. DUVERGER, *Bréviaire de la cohabitation, op. cit.*, p. 98 ; P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir, op. cit.*, p. 141 ; C. REIPLINGER, « Commentaire de l'article

dispositions de l'article 13, [...] [le Premier ministre] nomme aux emplois civils et militaires », semble privé de sens. L'argument linguistique ne paraît guère décisif en l'occurrence quoiqu'il incline à penser que le président de la République ne puisse pas nommer par décret simple. L'analyse systémique semble d'ailleurs corroborer cette idée.

3. L'interprétation systémique : une compétence de nomination limitée au Conseil des ministres

160. L'interprétation systémique intra-textuelle, d'une part, suscite également des doutes. Néanmoins, comme l'analyse linguistique, elle semble davantage permettre de soutenir l'idée d'une compétence de nomination dont l'exercice serait limité au Conseil des ministres. En effet, à supposer que le président de la République soit compétent pour nommer par décret simple, alors l'alinéa premier de l'article 13 en vertu duquel le « président de la République signe [...] les décrets délibérés en Conseil des ministres » serait inconsistant. Cependant, l'article 13 doit peut-être être distingué des autres habilitations bénéficiant au président de la République. D'un tel point de vue, pour toutes les nominations visées par l'article 13 ou fondées sur lui, les actes du président de la République devraient être délibérés en Conseil des ministres, tandis que les autres dispositions constitutionnelles feraient figure de dérogations. Le président de la République pourrait donc pourvoir, par décret non délibéré en Conseil des ministres, les fonctions visées par les articles 8, 56, 65 et 71-1 de la Constitution⁹⁶⁹.

À l'inverse, à supposer que le président de la République soit habilité à nommer seulement en Conseil des ministres, alors cette exigence générale pourrait s'imposer à lui pour toutes les nominations qu'il prononce⁹⁷⁰. Par exemple, puisqu'en vertu de l'article 8 « le président de la République nomme le Premier ministre », il faudrait donc considérer que le Premier ministre doit être nommé par décret en Conseil des ministres. Bien qu'aucune disposition constitutionnelle ne s'oppose à une telle analyse, la permanence d'une pratique contraire⁹⁷¹

13 », in F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République française*, op. cit., 3^e éd., p. 496 ; A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, op. cit., p. 68 et s. ; J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 25^e éd., 2014, p. 68 ; Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 724-725.

⁹⁶⁹ Cependant, la loi organique du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits* prévoit la nomination du Défenseur par décret en Conseil des ministres.

⁹⁷⁰ Le Défenseur des droits est d'ailleurs nommé en Conseil des ministres (voir note précédente).

⁹⁷¹ Les décrets portant nomination du Premier ministre ne sont pas délibérés en conseil des ministres et ne portent pas la mention « le conseil des ministres entendu ».

s'explique aisément par l'impossibilité empirique de nommer « en conseil des ministres » le chef du Gouvernement. L'interprétation intra-textuelle invite dès lors à considérer que le président de la République ne peut nommer que par décret délibéré en Conseil des ministres, quel que soit le fondement de son habilitation (art. 13, 8 al. 2, 56, 65 et 71-1), exception faite de la nomination du Premier ministre (art. 8 al. 1).

L'interprétation systémique extra-textuelle, d'autre part, conforte cette conviction. Elle paraît abonder dans le sens d'une compétence présidentielle limitée au Conseil des ministres et extensible par le seul biais de la loi organique. Compte tenu de l'équilibre général du système politique, en admettant que le président de la République a une fonction essentiellement symbolique et que sa compétence de nomination est honorifique⁹⁷², il paraît cohérent que soient soumises à sa signature les seules nominations délibérées en Conseil des ministres. Cette réunion du Gouvernement constitue le lieu solennel où sont prononcées les nominations les plus prestigieuses de l'État ; il est aussi et surtout le moyen d'assurer une prise de décision collégiale par les membres du Gouvernement⁹⁷³. Mais l'argument n'est pas décisif car le président de la République pourrait nommer en dehors du Conseil des ministres sans que sa fonction symbolique ne s'érode et sans que la décision n'échappe aux membres du Gouvernement.

Au total, seule l'extension de la compétence présidentielle en Conseil des ministres par le biais de la loi organique ne fait aucun doute. Quant à la question de savoir si les nominations peuvent être pourvues par décret simple, les différentes méthodes d'interprétation conduisent à des conclusions relativement contradictoires. L'incertitude persiste donc même si l'interprétation en vertu de laquelle le président de la République ne pourrait nommer que par décret délibéré en Conseil des ministres paraît la plus convaincante. Or, à en croire une large part de la doctrine, la réponse à la question de savoir si le président de la République peut ou non nommer en dehors du Conseil des ministres, n'est pas sans conséquence sur la seconde interrogation suscitée par le texte constitutionnel : le président de la République dispose-t-il de la compétence générale de nomination ?

⁹⁷² Tel était l'objet de la démonstration p. 180 et s.

⁹⁷³ M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 196-197 ; M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *op. cit.*, p. 1050 (au sujet des statuts de la fonction publique).

B. Interrogations sur le caractère général de la compétence de nomination du président de la République

161. L'alinéa 2 de l'article 13 de la Constitution retient une formule générale déjà mentionnée : « [Le président de la République] nomme aux emplois civils et militaires de l'État ». La difficulté réside dans la coexistence entre cet alinéa et l'article 21 alinéa 1 de la Constitution selon lequel : « Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Il assure l'exécution des lois. *Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires*⁹⁷⁴ ». La question de savoir comment concilier ces deux dispositions – à supposer donc que cela soit possible – a donné lieu à de brûlantes discussions qui pourtant confinent à l'aporie (1). Après tout, quelle que soit la conclusion retenue – compétence de principe du président de la République (conception présidentialiste) ou, au contraire, du Premier ministre (conception primo-ministériale)⁹⁷⁵ –, ce problème est moins crucial que ne le laissent penser les débats doctrinaux à ce sujet puisque cette compétence demeure, en droit, essentiellement formelle (2).

1. Une compétence de principe en matière de nomination : les termes du débat

a. Des limites à une conception présidentialiste du problème

162. L'interprétation sémiotique peut aisément permettre de conclure à une conception présidentialiste de la compétence de nomination. La formulation générale de l'alinéa 2 de l'article 13 semble effectivement dissiper le doute. De surcroît, l'alinéa 4 de l'article 13 ajoute qu' « une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République *peut être par lui délégué pour être exercé en son nom* ». Autrement dit, la compétence de nomination générale ressortirait au président de la République qui pourrait la

⁹⁷⁴ Nous soulignons.

⁹⁷⁵ Le professeur YOLKA oppose quant à lui l'« ambiguïté de la conception présidentialiste » à la « faiblesse de la conception parlementariste » (Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 723 et s.).

déléguer dans les conditions fixées par la loi organique. Replacées dans le reste du texte constitutionnel, ces dispositions auraient une portée considérable. Puisque le Premier ministre ne nomme aux emplois civils et militaires que « sous réserve des dispositions de l'article 13 »⁹⁷⁶, alors le président de la République serait compétent pour déterminer l'étendue de la compétence du Premier ministre. Le chef de l'État pourrait décider ce qu'il délègue ou non au chef du Gouvernement. Cette analyse viderait complètement de sa substance l'article 21 et la compétence primo-ministérielle. Mais telle est peut-être la solution retenue en 1958 et qui perdura ensuite. Le Conseil d'État la fit sienne, dans son arrêt *Bardon* de 1963, en jugeant que, dès lors qu'« aucun décret n'a [...] délégué au Premier ministre ce pouvoir de nomination », le président de la République est compétent⁹⁷⁷.

163. En outre, l'étude de leurs échanges fait apparaître que la volonté des rédacteurs était bien de confier au président de la République une compétence générale de nomination. « Si j'ai bien compris, le vœu du Gouvernement est que tout pouvoir de nomination émane du président de la République. Il n'y a donc dans cette Constitution qu'une seule autorité pour nommer⁹⁷⁸ », résume ainsi l'un des orateurs. Les membres du Conseil d'État présents lors de cette séance paraissent d'accord sur ce point⁹⁷⁹. Néanmoins, cela ne signifiait pas que le président de la République puisse décider lui-même de la compétence du Premier ministre. Lorsque le texte fut soumis à la commission constitutionnelle du Conseil d'État, à l'issue des travaux du comité interministériel, il était indiqué : « La loi détermine les emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres. Elle fixe ceux dont la nomination est déléguée au Premier ministre ou aux ministres⁹⁸⁰ ».

164. Les présidents CASSIN et LATOURNERIE développèrent néanmoins deux arguments pour inviter à la modification de la formule relative à la délégation. D'abord, dirent-ils, une délégation empêche toute subdélégation. Ils redoutaient que le président de la République

⁹⁷⁶ Certains auteurs comprennent cette mention comme déterminant évidemment la compétence de principe du président de la République. Par ex., O. DORD, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 47; A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 2, op. cit., p. 71 et s.; D. TURPIN, « La présidence du Conseil des ministres », *RDP*, 1987, p. 880; Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 724. B. BRANCHET aboutit quant à lui à la même conclusion, sans véritablement préciser les arguments qui la justifient. Sa position semble essentiellement fondée sur une analyse linguistique du texte (B. BRANCHET, *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958 (...)*, op. cit., p. 71-73).

⁹⁷⁷ CE Sect., 28 juin 1963, *Bardon*, Rec. p. 413 et CE, 26 juin 1963, *Malezieux*, *AJDA*, 1963, p. 641.

⁹⁷⁸ M. MARTIN, lors des discussions de la commission constitutionnelle du Conseil d'État, séances des 25 et 26 août 1958, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 3, op. cit., p. 75.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, vol. 3, p. 73.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, vol. 2, p. 642.

n'étouffât le Premier ministre sous le poids d'une compétence dont ce dernier ne pourrait ensuite subdéléguer l'exercice à un ministre. En outre, René CASSIN signala que le « mot "déléguer" est désobligeant pour lui qui a *la responsabilité*⁹⁸¹ ».

Au regard des débats de l'été 1958, l'idée était donc simple : le président de la République aurait bien une compétence de principe mais le législateur organique serait seul habilité à répartir les compétences entre le chef de l'État et le chef de l'exécutif. Une fois de plus, le texte ne rend pas au mieux la pensée des rédacteurs, telle qu'elle résulte de leurs échanges. Or, lorsque l'interprétation génétique d'un texte s'oppose à l'interprétation linguistique, la seconde semble devoir prévaloir ne serait-ce que parce que seul le texte adopté est accessible à la connaissance de tous. Admettre l'idée inverse pourrait conduire à nier frontalement le texte constitutionnel et à oublier que les rédacteurs ne sont pas les Constituants⁹⁸².

Au reste, la conception primo-ministériale de la compétence de nomination paraît admissible et ne fut pas pleinement écartée par les protagonistes.

b. Une conception primo-ministériale recevable

165. Des arguments soutiennent la conception parlementariste selon laquelle la compétence de nomination de principe est remise au Premier ministre.

Avant tout, au regard de l'analyse linguistique, dans la mesure où l'article 13 de la Constitution indique que « les décrets délibérés en Conseil des ministres sont signés par le président de la République, [il] faut en déduire qu'il y a d'autres décrets et que ces derniers sont signés par une autre autorité, mais la Constitution est muette sur ce dernier point⁹⁸³ ». Dans une telle perspective, le président de la République nomme seulement par décret en Conseil des ministres et seulement aux emplois civils et militaires de l'État mentionnés dans la Constitution (art. 13 al. 3) et prévus par la loi organique concrétisant l'alinéa 4. Certes ce

⁹⁸¹ R. CASSIN, même séance, *loc. cit* (nous soulignons).

⁹⁸² Une telle méthode d'interprétation conduit par exemple Michèle VOISSET à considérer dans sa thèse que, bien que l'article 64 de la Constitution énonce que « les magistrats du siège sont inamovibles », un tel principe n'a pas vraiment valeur constitutionnelle attendu que, « pour les constituants [*sic*], il s'agissait d'introduire dans la Constitution [à l'article 64] une règle, en fait, tombée en désuétude » et d'aller jusqu'à conclure « qu'en l'état actuel de notre droit l'indépendance des juges repose sur une auto-limitation du pouvoir exécutif » (M. VOISSET, *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1969, respectivement p. 188 et p. 189).

⁹⁸³ M. VERPEAUX, *La Naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, *op. cit.*, p. 413, note 2.

dernier énonce que « le pouvoir de nomination du président de la République *peut être par lui délégué pour être exercé en son nom* ». Mais l'expression « le pouvoir de nomination du président de la République » semble signifier que la compétence présidentielle n'épuise pas ce pouvoir général puisque le Premier ministre exerce une compétence concurrente « sous réserve des dispositions de l'article 13 ». Il est d'ailleurs assez remarquable que cette réserve, figurant à l'article 21 de la Constitution⁹⁸⁴, ait suffi à fonder, parfois sous la plume du même auteur, deux interprétations diamétralement opposées selon qu'elles visent la question des nominations ou la question du pouvoir réglementaire. En effet, il est volontiers admis, à partir d'une interprétation combinée des articles 13 et 21, que le Premier ministre dispose à titre principal du pouvoir réglementaire. Pourtant, ces mêmes dispositions permettraient de considérer le président de la République comme autorité principale de nomination⁹⁸⁵. La formulation générale de l'alinéa 2 de l'article 13 ne paraît pas être un argument suffisant pour donner deux sens opposés à la même mention : « sous réserve de ». La conception primo-ministériale invite donc à conclure que le chef du Gouvernement est habilité à nommer aux emplois civils et militaires non pourvus par le président de la République, c'est-à-dire à tous les emplois sauf ceux qui sont pourvus en Conseil des ministres (en vertu de la Constitution ou de la loi organique)⁹⁸⁶. Il serait également compétent, pour nommer *au nom du président de la République*, dans le cas où le chef de l'État lui aurait délégué une partie de sa compétence. En 1959, François LUCHAIRE, l'un des rédacteurs de la Constitution, confirma cette analyse dans une « note de doctrine et d'information générale » au sujet de « La République française et la Communauté » : « c'est lui [*le Premier ministre*] qui nomme aux

⁹⁸⁴ Art. 21 de la Constitution : « Sous réserve des dispositions de l'article 13, [*le Premier ministre*] exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ».

⁹⁸⁵ Une telle position est soutenue, par exemple, in N. CHIFFLOT, P. CHRÉTIEN et M. TOURBE, *Droit administratif*, Dalloz-Sirey, coll. « Université », 14^e éd., 2014. Les auteurs écrivent, p. 188 : « [*Le*] Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire, sous réserve des dispositions de l'article 13 – dispositions en vertu desquelles le président de la République signe les décrets délibérés en Conseil des ministres. Cela semble clair. On en déduit que les décrets non délibérés en Conseil des ministres relèvent de la compétence du Premier ministre ». Ils affirment cependant, p. 403 : « Le pouvoir de nomination appartient, sur le fondement de la Constitution, au président de la République (art. 13) et, sous réserve des dispositions de l'article 13, au Premier ministre (art. 21) ». Il en va de même, in L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et alii*, *Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 706 (où il est indiqué « à la lecture de l'article 13, le pouvoir de nomination du président de la République aux emplois civils et militaires paraît général ») et p. 888 (où est affirmée la compétence de principe du Premier ministre en matière réglementaire). De même, enfin, au sujet de l'article 13, P. LAVIGNE écrit que « ce texte contient deux chefs de compétences étrangers l'un à l'autre » (P. LAVIGNE, « Commentaire de l'article 13 », art. cité, p. 325). Voir également, B. STIRN, *Les Sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, coll. « Systèmes », 7^e éd., 2011, p. 94 et s. (pouvoir réglementaire) et p. 104 et s. (compétence de nomination).

⁹⁸⁶ Dans le même sens, par exemple, A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 378 : « En bonne logique, [...] le Premier ministre devrait signer tous les décrets de nominations aux emplois non mentionnés à l'article 13 et dans la loi organique ».

emplois militaires [...] qui ne sont pas réservés à la nomination du chef de l'État⁹⁸⁷ ». De ce point de vue, le Premier ministre bénéficierait de la compétence de principe.

166. Contrairement peut-être à l'ambition des rédacteurs, ce que le texte constitutionnel donne à voir paraît faire droit à une conception primo-ministérielle de la compétence de nomination. Du moins est-il possible de l'interpréter comme tel, même si les deux positions peuvent présenter des limites. Considérer que le président de la République est destinataire de la compétence générale vide de sens l'article 21. Mais affirmer le contraire confine l'article 13 alinéa 2 au symbolique : « La combinaison de l'ensemble des dispositions de l'article 13 avec celles de l'article 21 fait apparaître l'alinéa 2 de l'article 13 comme une formule essentiellement honorifique⁹⁸⁸ ». Quoique nous inclinions vers cette seconde analyse, il n'est pourtant pas incompatible d'estimer que le président de la République dispose d'une compétence générale *et* honorifique. Autrement dit, même en considérant que le président de la République bénéficie d'une compétence de principe, il n'en demeurerait pas moins que son intervention est symbolique⁹⁸⁹.

2. Un possible terme au débat : une compétence de nomination formelle

167. Si le point de savoir qui du Premier ministre ou du président de la République est autorité principale de nomination sous la Cinquième République paraît si décisif à la lecture des écrits doctrinaux à ce sujet, c'est qu'il paraît toujours d'abord pensé à l'aune des faits et non du droit. Lorsque le sens du texte constitutionnel est masqué par le rapport de forces, le problème est évidemment fondamental.

Ceci n'aurait guère d'importance dans le cadre d'une lecture moniste de la Constitution de 1958 où le Président serait, de toutes façons, tenu de signer les décrets de nominations proposés par le Premier ministre mais comme telle n'est pas la lecture dominante, on aboutit à la négation inconstitutionnelle du pouvoir du Premier ministre⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ F. LUCHAIRE, « La République française et la Communauté », *Rev. adm.*, n°71, 1959, p. 463. L'auteur ne vise, en l'espèce, que les emplois militaires car son propos consiste à interroger la distribution des compétences en matière de défense au regard de l'article 78 de la Constitution (alors en vigueur) qui établissait « le domaine de la compétence de la Communauté » en la matière, notamment.

⁹⁸⁸ M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, *op. cit.*, p. 325.

⁹⁸⁹ Sur la démonstration de cette fonction symbolique du président de la République sous la Cinquième République, voir *supra* p. 180 et s.

⁹⁹⁰ A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 378.

Sans récuser la portée pratique de ce problème capital⁹⁹¹, il convient avant tout d'en proposer une solution qui soit conforme aux dispositions étudiées, à l'architecture générale du texte (interprétation systémique intra-textuelle), à l'équilibre général du régime (interprétation systémique extra-textuelle) et à l'intention initiale des auteurs (interprétation génétique).

168. Des développements qui précèdent ressort le caractère formel de la compétence de nomination présidentielle⁹⁹². Ce constat oblige à reformuler la question de savoir à qui revient à titre principal la compétence de nomination. Car même l'idée selon laquelle le président de la République bénéficierait de la compétence de nomination à titre principal n'annihile pas l'analyse de ce qu'il s'agit d'une compétence principalement nominale. Le pouvoir de désignation revient au Premier ministre contresignataire tandis que la signature présidentielle est essentiellement honorifique. Elle imprime aux nominations la marque de l'État, elle incarne la continuité, elle libère du conjoncturel. De là, il est tout autant possible de considérer que le président de la République a une compétence générale de nomination ou une compétence limitée au Conseil des ministres. L'argument essentiel, qui réside dans la signification de la portée de la signature présidentielle, n'est pas substantiellement atteint. Quand bien même les rédacteurs auraient vraiment souhaité confier au président de la République la compétence générale, il ne faut pas surestimer les conséquences d'une telle décision. Lorsque le conseiller HEILBRONNER intervint pour regretter que la formulation de l'article 13 « [limite] le droit de choix du chef de l'État », René CASSIN saisit l'occasion pour rappeler avec force la dimension parlementaire de la Cinquième République à naître. Il ne s'agissait pas de dépouiller le Premier ministre de toute compétence de nomination :

Messieurs, un chef de Gouvernement vient de recevoir [...] le droit de conduire la politique, de disposer de la force armée, d'être responsable devant le Parlement, et vous lui refuseriez le droit de faire des nominations ? Voyons⁹⁹³ !

Cette intervention confirme combien l'équilibre du régime et les arguments systémiques qui le soutiennent étaient importants pour les rédacteurs, autant qu'ils restent utiles aux exécutés.

Indépendamment de l'irréductible compétence du pouvoir constituant pour modifier les normes d'habilitation dont bénéficie le président de la République en matière de nomination,

⁹⁹¹ Voir les développements que nous y consacrons dans la section suivante.

⁹⁹² Tel est l'objet du titre précédent.

⁹⁹³ COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 3, *op. cit.*, p. 333.

il apparaît que seul le législateur organique est fondé à habiliter le chef de l'État et, plus encore, qu'il ne puisse prévoir que des nominations nécessitant la délibération du Conseil des ministres. Mais même en récusant cette conclusion, et quelle que soit la réponse apportée à la question de savoir si le chef de l'État bénéficie de la compétence générale de nomination, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit toujours d'une compétence formelle. Cela est d'autant plus vrai que le texte constitutionnel semble faire de cette compétence de nomination une compétence liée.

§2. Une compétence d'exercice obligatoire

169. L'article 13 alinéa 1^{er} – « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres » – concerne tant les ordonnances que les décrets réglementaires ou individuels et a été le terrain d'une importante controverse⁹⁹⁴. Il s'agit ici de démontrer que toutes les dispositions donnant compétence de nomination au président de la République l'obligent à nommer. Selon la typologie de Lino DI QUAL, il s'agit (au moins) d'une « compétence liée au second degré » : le président de la République a « l'obligation d'agir »⁹⁹⁵. En effet, non seulement, il ne dispose pas du pouvoir décisionnel en matière de nomination, c'est-à-dire du pouvoir de désignation (faculté de statuer)⁹⁹⁶, mais il ne bénéficie

⁹⁹⁴ Voir *supra* p. 160 et s.

⁹⁹⁵ L. DI QUAL, *La Compétence liée*, *op. cit.*, p. 195.

Au terme de la première partie de sa thèse consacrée au sujet, Lino DI QUAL définit la compétence liée « par l'absence de liberté de l'autorité administrative dans l'usage de ses pouvoirs. Elle existe lorsque les règles, quelles qu'elles soient, qui régissent les pouvoirs d'un agent, déterminent entièrement l'attitude de l'agent en face d'une situation donnée » (*ibid.*, p. 187). L'auteur distingue quatre situations distinctes de compétence liée : la « compétence liée du premier degré » qu'il définit comme une « faculté d'agir, mais en cas d'action, action dans un sens déterminé » ; la « compétence liée au second degré », c'est-à-dire une « obligation d'agir dans un sens déterminé, mais avec possibilité de choix du moment pour agir » ; la « compétence "ligotée" » où « l'Administration doit agir en un sens déterminé, à un certain moment ou dans un laps de temps déterminé » et les « cas extrêmes » qui désignent les situations « où l'Administration n'a pratiquement plus de "compétence", où elle ne fait qu'enregistrer ce que d'autres agents ont fait, où elle n'a aucune initiative » (p. 195).

Voir le raisonnement conduit par l'auteur quant à la question de savoir si le président de la République est tenu de convoquer une session extraordinaire demandée par la majorité des membres composant l'Assemblée nationale (p. 253 et s.). Sur la notion de compétence liée et, pour une discussion de la thèse de Lino DI QUAL, voir G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 362 et s.

Voir aussi ce qu'écrivait G. JÈZE in « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58-76. Plus récemment, voir J.-M. WOEHLING, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF (AFDA), *La Compétence*, *op. cit.*, p. 127-144.

⁹⁹⁶ Tel était l'objet du premier titre de la thèse.

pas non plus, à l'inverse de certains de ses homologues étrangers, d'une faculté d'empêcher⁹⁹⁷. En ce sens, son habilitation n'est pas permissive mais bien d'exercice obligatoire. Son inaction pourrait d'ailleurs conduire la juridiction administrative à condamner l'État qui engage sa responsabilité pour faute en cas de nomination tardive⁹⁹⁸. Pour le démontrer, il faut étudier la question non seulement au regard de l'article 13 de la Constitution mais aussi au regard des quatre autres dispositions constitutionnelles habilitant le président à nommer. La méthode utilisée jusqu'alors peut être à nouveau appliquée. Les analyses linguistique (A), systémique (B) et génétique (C) confirment le caractère obligatoire de l'exercice de la compétence par le président de la République.

A. Arguments linguistiques : la valeur impérative de l'indicatif présent

170. Les cinq normes constitutionnelles relatives à des nominations par le président de la République présentent un trait commun : elles sont toutes formulées à l'indicatif.

Aux termes de l'article 8, « le président de la République nomme le Premier ministre » et « sur la proposition [*de ce dernier*], il nomme les autres membres du Gouvernement ». En vertu de l'article 13, il « signe les décrets délibérés en Conseil des ministres » et « nomme aux emplois civils et militaires de l'État ». L'article 56 prévoit que « le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le président de la République ». Le président de la République désigne deux personnalités qualifiées au Conseil supérieur de la magistrature en vertu de l'article 65 alinéas 2 et 3. Enfin, l'article 71-1 alinéa 4 énonce que « le Défenseur des droits est nommé par le président de la République ». Pour certains auteurs, ces normes d'habilitation sont permissives⁹⁹⁹, le président de la République

⁹⁹⁷ Voir par exemple les articles 136, 278 et 279 de la Constitution portugaise. Le professeur DUVERGER utilisait l'exemple du Portugal pour illustrer l'idée selon laquelle « dans la plupart des régimes semi-présidentiels, la nomination et la révocation des hauts fonctionnaires ont provoqué des conflits entre le Premier ministre et le président de la République élu au suffrage universel direct » (*Bréviaire de la cohabitation, op. cit.*, p. 100). De telles situations s'expliquent précisément par l'existence explicite d'un droit de veto du président de la République au Portugal ; droit de veto dont ne jouit pas le président de la République française.

⁹⁹⁸ Par exemple, CE, 7 février 1962, *Campagne*, AJDA, 1962, p. 446 ; CE 18 oct. 2006, *Zamphiroff*, AJDA, 2007, p. 55. Dans cette dernière affaire, l'État fut condamné à indemniser le préjudice qu'un magistrat subit à raison du « retard apporté à [sa] nomination et à [son] installation en qualité de magistrat ».

⁹⁹⁹ Sur la typologie des normes d'habilitation et leur caractère permissif ou non, voir G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation, op. cit.*, p. 347 et s.

étant libre de sa décision¹⁰⁰⁰ ; pour d'autres, elles sont impératives, le président de la République étant obligé de signer¹⁰⁰¹. Cette divergence de points de vue tient à la question de savoir si l'indicatif présent, employé dans le langage légal¹⁰⁰², a valeur impérative. Cette question linguistique n'est évidemment pas propre à la France. Décrivant l'attitude très interventionniste de Heinrich LÜBKE, président de la République Fédérale d'Allemagne, Alfred GROSSER pose en ces termes les questions qui firent débat dans l'Allemagne de l'Ouest des années 60 :

Le présent de l'indicatif est-il ou n'est-il pas l'équivalent d'un impératif ? Le Président doit-il signer tout ce que lui propose le Chancelier ou le ministre qui donne le contreseing ? M. LÜBKE veut refuser l'interprétation impérative, depuis la nomination des ministres (cas de M. Schröder en octobre 1965) jusqu'à celle des juges fédéraux (cas du conseiller Creifeld en janvier 1966). Or, la presse et les juristes ont pris position contre lui sur le ton le plus ferme et souvent le plus vif¹⁰⁰³.

Ce propos a le mérite de mettre clairement en évidence le rôle des « juristes » et de la « presse » dans la fabrique des pratiques du droit. Par surcroît, il souligne toute l'importance de la question linguistique.

171. Dénier à l'usage de l'indicatif présent la valeur d'un impératif paraît ignorer les usages conventionnels du langage légal. En effet, la plupart des textes juridiques – constitutionnels ou non – recourent à l'indicatif non pour décrire mais bien pour prescrire. Gérard CORNU estime ainsi que « l'indicatif présent occulte celui qui donne l'ordre et ne brandit pas le pouvoir d'ordonner. C'est une façon plus discrète, plus douce et plus diplomatique de commander¹⁰⁰⁴ ». Il est d'ailleurs conseillé aux rédacteurs de textes juridiques de ne pas recourir au verbe « devoir ». Dans ce sens, le guide de légistique indique qu' « il n'y a pas

¹⁰⁰⁰ Parmi les auteurs invoquant des arguments linguistiques pour défendre l'idée selon laquelle le président de la République est libre (de signer ou de ne pas signer) s'agissant de l'article 13, voir M. DUVERGER, cité par M. TROPER, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », art. cité, p. 77. M. DUVERGER, « Quand le consensus s'éveillera », *Le Monde*, 22 octobre 1985 et du même « Le président n'est pas obligé de signer les ordonnances », *Le Monde*, 22 mars 1986. Dans le même sens, J. ROBERT, « M. Mitterrand peut refuser de signer », *Le Monde*, 18 avril 1986.

¹⁰⁰¹ Quant à l'article 13, M. TROPER cite Jacques LARCHÉ et Olivier PIGNON (*in* « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », art. cité, p. 78). Voir aussi Y. GAUDEMET, « Le président de la République est tenu de signer », *Le Monde*, 18 avril 1986.

¹⁰⁰² Au sens de J. WROBLEWSKI, « Les langages du droit : une typologie », art. cité, p. 16-17.

¹⁰⁰³ A. GROSSER, « La République fédérale d'Allemagne. Cinquième Législature », *RF sc. pol.*, n°2, 1966, p. 276. Parmi d'autres causes, l'auteur explique cette réaction en affirmant que « le moindre renforcement du pouvoir présidentiel prend aujourd'hui un aspect gaulliste donc blâmable aux yeux du milieu politique allemand ». On notera la conjonction de coordination conclusive sans complaisance.

¹⁰⁰⁴ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 1990, p. 271.

lieu, sous prétexte de renforcer le caractère impératif d'une obligation, de recourir au mot "doit" ; le simple présent de l'indicatif du verbe principal suffit. [...] Ce présent a valeur impérative¹⁰⁰⁵ ».

Pourtant l'argument selon lequel l'indicatif vaudrait toujours impératif en droit constitutionnel mérite d'être interrogé. Une fois encore, l'analyse linguiste ne peut faire l'économie d'une analyse systémique.

B. Arguments systémiques : une confirmation du caractère obligatoire

172. La valeur impérative ou non de l'indicatif présent peut être évaluée en recourant à des analogies. Olivier DUHAMEL développa une telle stratégie argumentative au sujet de l'article 13. Pour le professeur, admettre l'impératif conduirait à des absurdités et ne peut donc être tenu pour une règle générale. Il cite l'article 49 alinéa 2 et écrit : « l'Assemblée serait obligée de déposer une motion de censure dès qu'un gouvernement est formé, parce que l'article 49.2 [*sic*] dispose qu'elle "met en cause la responsabilité du gouvernement"¹⁰⁰⁶ ! » Mais l'argument n'emporte pas la conviction. Marie-Anne COHENDET y répond en avançant que cet impératif impose seulement une procédure à suivre et non le moment de la mise en cause¹⁰⁰⁷. La phrase sortie de son contexte perdrait de son sens. Le professeur COHENDET va plus loin encore : « si l'indicatif ne valait pas impératif [...], la plupart des dispositions de la Constitution deviendraient absurdes¹⁰⁰⁸ ».

Néanmoins, d'autres dispositions pourraient sembler absurdes si l'indicatif valait toujours impératif. L'article 19 de la Constitution est, lui aussi, rédigé à l'indicatif : « Les actes du président de la République [...] sont contresignés par le Premier ministre ». Le Premier ministre aurait-il obligation de contresigner les actes du président de la République¹⁰⁰⁹ ? Il est

¹⁰⁰⁵ Le guide de légistique publié à la Documentation française en 2007 est régulièrement mis à jour sur le site Légifrance. La rubrique citée a été actualisée en novembre 2013.

¹⁰⁰⁶ O. DUHAMEL, « Ordonnances : signer ou ne pas signer ? », *Le Monde*, 12 avril 1986.

¹⁰⁰⁷ M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, *op. cit.*, p. 313.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 314-315.

¹⁰⁰⁹ Cette question fait écho à ce que certains auteurs italiens ont pu désigner comme un « contreseing dû » (*un atto dovuto* ou *controfirma dovuta*) pour certains actes. Par exemple, G. LUCATELLO, « "Controfirma ministeriale" e "irresponsabilità" presidenziale », *Diritto e società*, n°2, 1999, p. 243-250. Voir aussi, quant à cette idée de contreseing dû : S. BONFIGLIO, *Controfirma ministeriale e responsabilità politica nei regimi*

encore possible de répondre par la négative en convoquant une analyse systémique. Le Premier ministre n'est pas tenu d'apposer son contreseing, compte tenu de la responsabilité qu'il endosse.

173. Une autre analyse systémique sous forme d'analogie est parfois développée pour dénier valeur impérative à l'indicatif : certains auteurs confrontent la rédaction de l'article 10 et celle de l'article 13. Puisque le premier article astreint le président de la République à la signature des lois dans un délai donné tandis que le second est muet sur la temporalité de l'action, alors, dans le premier cas, le président serait contraint d'agir, tandis qu'il serait libre dans le second cas¹⁰¹⁰. Ce raisonnement, parfois associé à l'article 5 de la Constitution, a même pu servir à justifier l'obligation faite au président de la République de refuser de signer des actes inconstitutionnels¹⁰¹¹. Cette position peut être discutée en recourant au raisonnement par l'absurde, qui se rapproche de l'interprétation fonctionnelle définie par Michel TROPER comme une démarche par laquelle les auteurs recherchent « les conséquences de l'adoption d'une interprétation de l'article 13 aux termes de laquelle le refus de signer serait conforme ou contraire à la Constitution, ou bien, ce qui revient au même, examinent directement les conséquences constitutionnelles d'un refus¹⁰¹² ».

L'argument tiré de l'article 5 peut aisément être écarté : la continuité de l'État que le président de la République doit « assurer¹⁰¹³ » lui commande précisément de ne pas la compromettre. Si

parlamentari. Il dibattito in Francia e in Italia, op. cit., 216 p. ; E. CHELI, « Poteri autonomi del capo dello Stato e controfirma ministeriale : l'esperienza italiana », *Quaderni costituzionali*, 1983, p. 361-385. La Cour constitutionnelle italienne a fait sienne cette doctrine, majeure en Italie, dans son arrêt n°200/2006 (disponible sur le site institutionnel de la Cour : <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>). Le contreseing serait tantôt dû, tantôt librement apposé par les ministres responsables (art. 89 de la Constitution italienne). La Cour de Rome y affirme : « Il est clair, en fait, que la contresignature se voit attribuer un caractère substantiel quand l'acte soumis à la signature du président de la République est de type gouvernemental et donc l'expression de pouvoirs proprement exécutifs tandis qu'il faut reconnaître une valeur formelle à la contresignature quand l'acte est l'expression des pouvoirs propres du président de la République » (Notre trad. pour : « È chiaro, infatti, che alla controfirma va attribuito carattere sostanziale quando l'atto sottoposto alla firma del Capo dello Stato sia di tipo governativo e, dunque, espressione delle potestà che sono proprie dell'Esecutivo, mentre ad essa deve essere riconosciuto valore soltanto formale quando l'atto sia espressione di poteri propri del Presidente della Repubblica » [Consid. 7.2.4]).

Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire en langue française par le professeur LAFFAILLE : « Droit de grâce et pouvoirs propres du chef de l'État en Italie (...), art. cité, p. 761-804.

¹⁰¹⁰ En ce sens, M. DUVERGER, « Le président n'est pas obligé de signer les ordonnances », *Le Monde*, 22 mars 1986 ; O. DUHAMEL, « Ordonnances : signer ou ne pas signer ? », *Le Monde*, 12 avril 1986 ; J. ROBERT, « M. Mitterrand peut refuser de signer », *Le Monde*, 18 avril 1986 ; J. FOURNIER, « Politique gouvernementale : les trois leviers du président », art. cité, p. 67.

¹⁰¹¹ Ph. ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », art. cité, p. 50 ; O. DUHAMEL, « Ordonnances : signer ou ne pas signer ? », art. préc. et L. HAMON, *La Croix* du 23 avril 1986.

¹⁰¹² M. TROPER, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », art. cité, p. 81-82.

¹⁰¹³ Sauf à admettre que dans le cadre de l'article 5 l'indicatif ne vaudrait pas non plus impératif.

le président de la République pouvait refuser de nommer, alors contrairement aux prescriptions de l'article 5 de la Constitution, il pourrait rompre la continuité des pouvoirs publics. De même, à supposer que la compétence de nomination ne soit pas d'exercice obligatoire, faute d'une mention de délai dans la Constitution, alors le président de la République serait libre ne pas nommer le Premier ministre, les conseillers constitutionnels, les personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la magistrature ou le Défenseur des droits¹⁰¹⁴. Les limites d'une telle thèse sont assez manifestes.

174. Dans ces quatre situations, en aucun cas le président de la République n'est libre de ne pas nommer. Il n'est pas jusqu'à ses compétences de nomination réelles qui échappent à cette analyse¹⁰¹⁵. Cela explique d'ailleurs les nombreux décrets par lesquels le président de la République charge un ministre de l'intérim du Premier ministre. Contrairement à certaines solutions imaginées dans d'autres États¹⁰¹⁶ – et même si ce pouvoir présidentiel en France peut aussi être discuté –, le président de la République choisit lui-même le ministre chargé d'assurer l'intérim du chef du Gouvernement¹⁰¹⁷. De même, cela explique que l'ordonnance *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* et la loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature prévoient, pour chaque hypothèse de vacance, le délai maximum dans lequel doit intervenir la nomination pourvoyant au remplacement¹⁰¹⁸. À la suite de la révision de l'article 65 de la Constitution en 1993, la loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature avait établi la continuité entre l'ancienne formation et la nouvelle en disposant que « jusqu'à la constitution de ses deux formations, le Conseil supérieur de la

¹⁰¹⁴ En ce sens, voir M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, *op. cit.*, p. 316.

¹⁰¹⁵ Seuls les articles 8 al. 1 (nomination du Premier ministre) et 56 (nominations de membres du Conseil constitutionnel) peuvent être analysés comme des normes confiant au président de la République une compétence de nomination réelle quoique conditionnée (voir *supra*, p. 131).

¹⁰¹⁶ Par exemple, l'article 93 de la Constitution estonienne établit que « le Premier ministre nomme deux ministres qui ont le droit de le remplacer en son absence. La procédure de remplacement est fixée par le Premier ministre ». Voir également l'article 69§1 de la Constitution allemande : « Le chancelier fédéral désigne comme suppléant un ministre fédéral » (trad. fournie par le site Bijus : <http://www.bijus.eu/?lang=fr>).

¹⁰¹⁷ Une telle mesure fut avalisée par la décision n°89-268 DC du 29 décembre 1989 dans laquelle le Conseil constitutionnel reconnut effectivement cette compétence au président de la République, en se fondant sur l'article 5 de la Constitution. Le décret du 14 décembre 1989 chargeait Lionel JOSPIN, ministre d'État, ministre de l'Éducation nationale, d'assurer « l'intérim du Premier ministre pendant l'absence de celui-ci ». Michel ROCARD était alors en déplacement au Togo. Le Premier ministre par intérim avait recouru à l'article 49 al. 3 de la Constitution, ce que contestèrent les parlementaires devant le Conseil constitutionnel (voir Cons. const., décis. n°89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 8, *JORF* du 30 décembre 1989, p. 16498, *Rec.* p. 110. Voir aussi Cons. const., décis. n°89-264 DC du 9 janvier 1990, *Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993*, cons. 5, *JORF* du 11 janvier 1990, p. 463, *Rec.* p. 9 et Cons. const., décis. n°89-269 DC du 9 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 6, *JORF* du 24 janvier 1990, p. 972, *Rec.* p. 33).

¹⁰¹⁸ Titre I^{er} de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* et art. 7 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 *sur le Conseil supérieur de la magistrature*.

magistrature continue d'exercer ses fonctions conformément à l'ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958¹⁰¹⁹ »¹⁰²⁰.

Les verbes « signer » et « nommer » figurant à l'article 13 dérogent-ils à cette analyse ? Une réponse négative s'impose : le président de la République *doit signer* les décrets de nominations délibérés en Conseil des ministres. Et même en admettant qu'il soit habilité à nommer par décret simple, la même conclusion s'impose : le président de la République *doit nommer* aux emplois civils et militaires de l'État. Le caractère obligatoire des normes habilitant le président de la République à nommer peut ainsi se fonder sur des arguments linguistiques¹⁰²¹ au soutien desquels l'argument systémique est également concluant.

Au regard de l'irresponsabilité politique du Président, du fait que les actes présidentiels adoptés en Conseil des ministres sont soumis à contreseing, par lequel le Premier ministre en endosse la responsabilité – ainsi, le cas échéant, que les ministres responsables – l'idée que cette compétence est liée, formelle, est *a priori* la plus raisonnable¹⁰²².

C. Arguments génétiques : l'affirmation du caractère obligatoire

175. En vain la pratique gaullienne sera-t-elle invoquée pour justifier une interprétation donnée du texte constitutionnel. Que le général ait affirmé dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964 que le président de la République « décrète ou non les mesures qui lui sont proposées » ne clôt pas le débat. Tout au plus cela renseigne sur la pratique gaullienne mais non sur la norme constitutionnelle. Car en dépit de la pratique du général DE GAULLE – et

¹⁰¹⁹ Art. 21 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 *sur le Conseil supérieur de la magistrature*, JORF du 8 février 1994, p. 2146 (version initiale).

¹⁰²⁰ Saisi d'office, le Conseil constitutionnel décida qu'une telle disposition était conforme à la Constitution, car elle satisfaisait « le principe à valeur constitutionnelle de la continuité des services publics qui fait obstacle à ce qu'une institution nécessaire au fonctionnement du service public de la justice cesse d'exister avant que l'institution appelée à lui succéder soit en mesure de remplir sa mission (Cons. const., décis. n°93-337 DC du 27 janvier 1994, *Loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature*, cons. 20, JORF du 1^{er} février 1994, p. 1776, Rec. p. 55. Cf. la décision n°2010-606 DC du 20 mai 2010, *Loi organique prorogeant le mandat des membres du Conseil supérieur de la magistrature*).

¹⁰²¹ Le même raisonnement nous incline à penser que le président de la République est contraint de convoquer une session extraordinaire à la demande de la majorité des membres de l'Assemblée nationale (dans le même sens, L. DI QUAL, *La Compétence liée*, op. cit., p. 253 et s.) ou encore qu'il est tenu d'adresser un message à la nation en cas de recours à l'article 16 de la Constitution.

¹⁰²² C. REIPLINGER, « Commentaire de l'article 13 », in F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République française*, op. cit., 3^e éd., p. 487. Voir aussi dans le même sens, M.-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (...)*, t. 1, op. cit., p. 316-318.

des présidents de la République suivants – les arguments génétiques confortent l'ensemble de l'analyse et achèvent de convaincre de l'obligation incombant au président de la République.

176. Lors des débats du Comité consultatif constitutionnel, Paul COSTE-FLORET, élu de l'Assemblée nationale, s'inquiéta des conséquences qu'emporterait le refus par le président de la République de signer les décrets. Il indiqua que dès lors qu'avait été retirée au président de la République l'initiative en matière de loi, lui confier le soin de signer les décrets revenait à lui redonner l'initiative des lois qui, précisément, prennent la forme de décrets en Conseil des ministres¹⁰²³. Le député DEJEAN dissipa son inquiétude : le président de la République ne peut pas refuser de signer¹⁰²⁴. Nul ne protesta contre cette affirmation qui se donnait pour l'évidence.

177. Pour conclure, le texte constitutionnel autorise à doublement caractériser la compétence présidentielle de nomination. Non seulement il s'agit d'une compétence le plus souvent formelle, mais encore cette habilitation apparaît ductile et d'exercice obligatoire. D'une part, l'habilitation présidentielle peut être étendue ou réduite par le législateur organique seul (ou le Constituant). Et le président de la République n'est vraisemblablement habilité à nommer qu'en Conseil des ministres, même au titre des articles 8, 56, 65 et 71-1. Tout au plus est-il possible de considérer que ces quatre articles seuls permettent des dérogations à l'exigence d'une délibération du Conseil des ministres. D'autre part, l'habilitation présidentielle n'est pas permissive, même lorsqu'elle lui confère des compétences réelles. Or, une interprétation extensive de ces normes a permis une extension de la compétence de nomination présidentielle.

Il faut démontrer que ce sont d'abord les normes de concrétisation des dispositions constitutionnelles qui ont permis de méconnaître ces deux caractères de l'habilitation bénéficiant au président de la République. Par la violation des normes constitutionnelles¹⁰²⁵ et la liberté prise avec elles, le président de la République a pu étendre son habilitation mais encore s'approprier le pouvoir de désignation. Le domaine des nominations constitue un bon

¹⁰²³ COMITÉ CONSULTATIF CONSTITUTIONNEL, séance du 8 août 1958, COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 2, *op. cit.*, p. 330.

¹⁰²⁴ *Idem.*

¹⁰²⁵ Avec le professeur FONTAINE, nous désignons par là « une transgression des interdits constitutionnels » (L. FONTAINE, « La violation de la Constitution : autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis », art. cité, p. 1637).

exemple de ce que « la Constitution a été interprétée par le président de la République dans le sens d'une compétence discrétionnaire¹⁰²⁶ ».

SECTION 2. LES CONCRÉTISATIONS EXTENSIVES DES NORMES HABILITANT LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE À NOMMER

178. L'interprétation des normes relatives aux nominations présidentielles, sujette à discussion, contribue sûrement à expliquer les choix de concrétisation effectués depuis 1958. Les articles 8, 56, 65 et 71-1 de la Constitution circonscrivent la compétence présidentielle de nomination à un certain nombre de fonctions : le Premier ministre, les ministres, trois membres du Conseil constitutionnel, deux personnalités qualifiées au Conseil supérieur de la magistrature, le Défenseur des droits. Seul le nombre de ministres est indéfini. En revanche, l'article 13 ne permet pas, à sa seule lecture, de mesurer l'ampleur effective de la compétence présidentielle puisque, outre les emplois, fonctions ou dignités qu'il énumère, il prévoit en son quatrième alinéa que « une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom ».

Tel fut l'objet de l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 *portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État*, adoptée sur le fondement de l'ancien article 92 de la Constitution. C'est cette ordonnance portant loi organique¹⁰²⁷ de concrétisation de l'article 13 qui a, en tout premier lieu, permis de méconnaître les limites de l'extension de la compétence présidentielle en Conseil des ministres. Effectivement, cette loi organique a jeté un certain trouble sur les limites de

¹⁰²⁶ D. DULONG, *Un président de la République à l'image d'une « France moderne »*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰²⁷ Nous pensons que les ordonnances adoptées dans le cadre de ces dispositions transitoires avaient bien valeur de loi organique *mais seulement pour celles de leur disposition qui touchaient à la compétence du législateur organique*. Cela dit, lorsque, comme en l'espèce, l'ordonnance indique qu'elle sera exécutée comme une loi organique (art. 5), alors il faudrait la considérer comme telle dans l'ensemble de ses dispositions. Dans le même sens, P. LAVIGNE, « Commentaire de l'article 13 » in F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 1^e éd., 1979, p. 328. Cf. A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », p. 153-154 ; Cf. *contra* F. LUCHAIRE, « Les lois organiques devant le Conseil constitutionnel », *RDJ*, 1992, p. 394.

l'habilitation présidentielle¹⁰²⁸. En son article 1^{er} elle établit une liste d'emplois pourvus par décret délibéré en Conseil des ministres tandis que son article 2 établit une liste d'emplois pourvus par décret simple. Puisque le Premier ministre est habilité à nommer « sous réserve des dispositions de l'article 13 », le choix d'une concrétisation extensive de l'article 13 de la Constitution conduit à réduire d'autant l'habilitation bénéficiant au Premier ministre. En admettant, de la conjugaison des articles 13 et 21, que le président de la République peut nommer seulement en Conseil des ministres et le chef du Gouvernement en dehors du Conseil des ministres, les conséquences d'une concrétisation extensive de l'article 13 sont évidentes : l'article 2, en particulier, dessaisit le Premier ministre d'une compétence qui lui revenait. À supposer, à l'inverse, que le président de la République soit bien constitutionnellement habilité à nommer par décret simple tandis que la compétence de nomination du Premier ministre serait suspendue à sa décision, une concrétisation extensive de l'article 13 n'en est pas moins pourvue d'effets, car l'ordonnance de novembre 1958 interdit au chef de l'État de déléguer au Premier ministre la compétence de nomination aux emplois qu'elle énumère¹⁰²⁹.

Cette concrétisation discutable de l'article 13 mérite d'être précisément étudiée. D'abord parce que la seule lecture de l'ordonnance organique n°58-1136 ne permet pas de comprendre effectivement ce que recouvrent les emplois mentionnés. Bien souvent, ceux-ci sont énumérés sans être clairement définis par la doctrine. Surtout, à l'inverse de la plupart des autres dispositions constitutionnelles, pleinement constituantes, les dispositions de l'article 13 s'insèrent dans le droit antérieur au 4 octobre 1958. Lorsque, par exemple, l'article 56 prévoit que les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le président de la République, compétence est donnée au chef de l'État en même temps que le Conseil est créé. Au contraire, lorsqu'il est indiqué que le président de la République nomme les conseillers d'État, les ambassadeurs etc., ces emplois préexistent à la Constitution de 1958. Pour comprendre la portée de l'article 13 (et de ses normes de concrétisation) il faut donc se reporter à l'état du droit antérieur. La confrontation entre le passé et l'avenir pèse alors et les dispositions passées

¹⁰²⁸ Certains auteurs ont d'ailleurs discuté le recours aux ordonnances de l'article 92 pour adopter des lois organiques. Voir par exemple la critique formulée par A.-M. LE POURHIET, *L'Article 92 de la Constitution de 1958*, Economica, coll. « Recherches Panthéon-Sorbonne Université Paris I », 1980, p. 20-21 notam.

¹⁰²⁹ Article 3 de l'ordonnance n°58-1136.

emportent des conséquences sur la détermination du champ d'application¹⁰³⁰ de l'habilitation présidentielle dans le présent.

179. L'étude de la concrétisation de l'article 13 permettra de mesurer l'ampleur de l'habilitation présidentielle. Les conséquences d'une captation par l'Élysée du pouvoir de désignation commenceront alors à se dessiner.

Car nommer n'est pas simplement nommer. D'un point de vue politique, cela permet aussi de relayer les choix stratégiques (n'est-ce pas le rôle premier des « empereurs aux petits pieds ? »), de tisser un réseau de gratitude voire même de déférence¹⁰³¹, de récompenser ou de punir, etc. D'un point de vue juridique, nommer permet aussi d'habiliter¹⁰³² (un ambassadeur à négocier au nom de l'État¹⁰³³), d'obliger (les magistrats à garder le secret des délibérés¹⁰³⁴), d'interdire (à un militaire certaines activités privées¹⁰³⁵) ou encore de permettre (aux professeurs des universités de jouir, sous certaines réserves, « d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche »¹⁰³⁶). Plus spécifiquement encore, l'étude des emplois concernés par le seing présidentiel a des conséquences quant à l'application d'autres normes. Par exemple, l'article R. 311-1§3 du Code de justice administrative énonce que « le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort [...] des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3^e alinéa) de la Constitution et des articles 1^{er} et 2 de

¹⁰³⁰ Nous l'avons défini avec Céline WIENER comme « l'ensemble des situations qu'une norme [d'habilitation] se propose de régir » (C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, op. cit., p. 162).

¹⁰³¹ Voir en particulier G. KOUBI, « La déférence, un devoir sans droit ? », *Communications*, n°69 *La Déférence*, 2000, p. 201-214.

¹⁰³² Certains auteurs ont pu considérer que l'acte de nomination n'est nullement une norme habilitante. Par exemple, « Duguit et Jèze soutiennent constamment que la nomination ou l'élection ne constitue pas la source du pouvoir des agents », écrit ainsi Anne-Laure GIRARD (in *La Formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2013, p. 274). L'auteur cite G. JÈZE, *Les Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault et Cie, 1^e éd., 1904, p. 41 et L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., t. 2, 2^e éd., p. 211.

¹⁰³³ Art. 1^{er} du décret n°79-433 du 1^{er} juin 1979 *relatif aux pouvoirs des ambassadeurs et à l'organisation des services de l'État à l'étranger*.

¹⁰³⁴ Le secret du délibéré peut être considéré comme un principe général du droit processuel français. En ce sens, voir notam. l'article de P. JAN quant à la décision *Perdrix* du Conseil constitutionnel en date du 10 novembre 1998 (n°98-2561 SEN) : « Le secret du délibéré devant le Conseil constitutionnel : illustration d'un principe général du droit processuel français », *D.*, 1999, p. 253-255. Le secret du délibéré est un des éléments du serment prononcé par les magistrats de l'ordre judiciaire en vertu de l'article 6 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*. Cf. en sus, par exemple, les mesures équivalentes pour les magistrats administratifs (art. L. 8 du CJA).

¹⁰³⁵ Voir en ce sens l'article L. 4122-2 du Code de la défense.

¹⁰³⁶ En ce sens, voir l'article L. 952-2 du Code de l'éducation.

l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 *portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État* ». De même, selon une jurisprudence constante, le Conseil d'État considère « qu'à défaut de dispositions expresses déterminant l'autorité compétente pour mettre fin aux fonctions d'un agent public, ce pouvoir appartient de plein droit à l'autorité investie du pouvoir de nomination¹⁰³⁷ ».

180. Une recherche sur la compétence de nomination du président de la République ne saurait donc faire l'économie d'un examen des postes concernés. Entrer dans le détail des emplois, dignités, titres et fonctions concernés s'impose et révélera le caractère flottant des normes en la matière. Loi organique, loi ordinaire, décret interviennent indifféremment pour établir les contours de la compétence présidentielle de nomination. Une telle étude permettra, ce faisant, de démontrer que le président de la République a pu disposer de sa propre compétence.

L'article 1^{er} fournit au président de la République une auto-habilitation directe – il peut décider du champ d'application de son habilitation –, tandis que l'article 2 lui permet une auto-habilitation indirecte¹⁰³⁸. Habilitation et auto-habilitation à nommer par décret délibéré en Conseil des ministres (§1) et par décret simple (§2) coexistent donc dans l'ordonnance étudiée.

§1. Les nominations délibérées en Conseil des ministres : entre habilitation et auto-habilitation

181. Conformément à l'habilitation constitutionnelle, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 28 novembre 1958 établit la liste des emplois pourvus par décret en Conseil des ministres autres que ceux visés par l'alinéa 3 de l'article 13 de la Constitution¹⁰³⁹. Mais il prévoit également

¹⁰³⁷ En ce sens, CE, 10 avril 1959, *Fouéré-Cormery*, *Rec.* p. 233 ; *D.* 1959, p. 210. Voir aussi CE, 14 mai 1986, *Rochaix*, *Rec. T.* p. 351, quant au directeur général des hospices civils de Lyon. Voir également quant au président de la RATP, CE, 7 octobre 1992, *Reverdy*, *Rec.* p. 355.

¹⁰³⁸ Les différentes versions de ce texte depuis le projet gouvernemental jusqu'à son adoption définitive sont accessibles in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, La Documentation française, 2008, p. 723-750.

¹⁰³⁹ Comme le signale O. SCHRAMECK : « Cette liste vaut toujours après la révision [*du 23 juillet 2008*] à ceci près que la nomination aux emplois de procureur général dans le corps judiciaire est désormais assortie d'un avis

que les nominations aux « emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales quand leur importance justifie inscription sur une liste dressée par *décret en Conseil des ministres*¹⁰⁴⁰ » seront délibérées en Conseil des ministres. Autrement dit, alors qu'en vertu de l'article 13 alinéa 4 de la Constitution seule la loi organique a prise sur la ductilité de l'habilitation présidentielle, ladite loi organique, adoptée sous forme d'ordonnance, prévoit elle-même qu'un décret en Conseil des ministres définira une autre liste concernant, cette fois, « les emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales ». La Constitution renvoie donc à la loi organique qui renvoie elle-même à un décret délibéré en Conseil des ministres le soin d'amender la liste des emplois pourvus en Conseil des ministres.

« Une telle accumulation est de nature à inspirer un certain “tournis” juridique¹⁰⁴¹ », crée une confusion certaine et pose la question fondamentale de la distribution de la compétence de nomination entre le président de la République et le Premier ministre. Car, outre son habilitation à nommer par décret délibéré en Conseil des ministres à un certain nombre d'emplois, qui recèle elle-même une potentielle marge d'auto-habilitation (A), l'auto-habilitation du chef de l'État paraît manifestement dès lors qu'il pourrait, par un décret en Conseil des ministres, édicter une autre liste d'emplois pourvus en Conseil des ministres (B).

A. L'habilitation à nommer en Conseil des ministres

L'article 1^{er} de l'ordonnance organique n°58-1136 se réfère à la Constitution (1), avant de répondre directement aux exigences de l'article 13 alinéa 4, puisqu'il « détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres » (2).

préalable du Conseil supérieur de la magistrature en application de la nouvelle rédaction de l'article 65 de la Constitution » (O. SCHRAMECK, « Emplois régaliens et conditions de nomination », *in Terres du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2009, p. 170).

¹⁰⁴⁰ Nous soulignons.

¹⁰⁴¹ O. SCHRAMECK, « Emplois régaliens et conditions de nomination », art. cité, p. 170.

1. La loi organique se référant à la Constitution

182. L'article 13 alinéa 3 de la Constitution, que vise l'ordonnance étudiée, mentionne explicitement huit catégories d'emplois, fonctions ou dignités devant être pourvus par le président de la République en Conseil des ministres : « Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales ». La plupart de ces postes répondent à la conception gaullienne des grands corps¹⁰⁴² : « grands corps ou corps constitués qui *conseillent* l'exécutif¹⁰⁴³ » d'une part et « les hommes qui *exercent l'autorité* pour le compte de l'État¹⁰⁴⁴ » d'autre part. Or, comme le note Luc ROUBAN, « les grands corps de l'État constituent la cheville ouvrière de la circulation des élites entre les entourages du pouvoir exécutif et les services¹⁰⁴⁵ ». La maîtrise de ces emplois – par le président de la République ou par le Gouvernement – présente de ce fait d'insignes enjeux de pouvoirs et pose la question des liens entre la haute administration et le pouvoir politique¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴² S'il est impossible de fournir une définition des grands corps qui fasse l'unanimité, il est néanmoins possible d'identifier la « conception gaullienne des grands corps ». En ce sens, M.-C. KESSLER, *Les Grands Corps de l'État*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986, p. 7-18. Du même auteur, « L'impératif des grands corps », in S. BERSTEIN, P. BIRNBAUM et J.-P. RIOUX (dir.), *De Gaulle et les élites*, La Découverte, coll. « Hors collection Sciences Humaines », 2008, p. 78-79.

¹⁰⁴³ M.-C. KESSLER, « L'impératif des grands corps », art. cité, p. 79 (nous soulignons). L'auteur précise : « Le Général met donc sur le même plan les grands corps juridictionnels faisant partie de la haute fonction publique comme le Conseil d'État, la Cour des comptes, la Cour de cassation et des institutions formées de membres nommés par les hautes autorités de l'État tels le Conseil constitutionnel et même le Conseil économique et social ».

¹⁰⁴⁴ *Loc. cit* (nous soulignons). L'auteur indique que « dans l'énumération que fait le Général de ces grands serviteurs de l'État [...] se trouvent les principaux directeurs de ministère, les préfets, les dirigeants d'entreprises nationalisées, les ambassadeurs, les recteurs... ». À leur côté, on décèle sporadiquement dans le vocabulaire gaullien les fonctionnaires formés dans les « grandes écoles telles Polytechnique ou l'École nationale d'administration ».

¹⁰⁴⁵ L. ROUBAN, « L'État à l'épreuve du libéralisme : les entourages du pouvoir exécutif de 1974 à 2012 », *RF adm. pub.*, n°142, 2012, p. 475.

¹⁰⁴⁶ Sur la circulation des élites, la politisation de la haute administration et la fonctionnarisation du politique, la littérature est éminemment abondante. À titre indicatif, outre les ouvrages et articles, concernant spécialement certains corps, emplois ou fonctions, cités dans les pages suivantes, outre les travaux incontournables de Luc ROUBAN (suivant une perspective sociologique, cités en bibliographie de la thèse) et de Jacques CHEVALLIER (plus axés sur la science administrative, cités en bibliographie de la thèse), voir :

- pour des études générales de ces phénomènes sous la Cinquième République, des éléments historiques et de droit comparé : F. DE BAECQUE et J.-L. QUERMONNE (dir.), *Administration et politique sous la Cinquième République*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2^e éd., 1982, 391 p. ; P. BIRNBAUM, *Les Sommets de l'État. Essai sur l'élite du pouvoir en France*, Seuil, 2^e éd., 1994, 210 p. ; CURAPP, *La Haute administration et la politique*, PUF, 1986, 240 p. ; M. DAGNAUD et D. MEHL, *L'Élite rose*, Ramsay, coll. « L'Épreuve des faits », 1982, 370 p. ; P. MBONGO (dir.), *La Séparation entre Administration et politique en*

L'article 13 constitutionnalise l'existence de ces emplois et dignités sous la Cinquième République. Mais la détermination de leur nombre, leur définition et l'étendue des missions qu'ils recouvrent sont laissées à la loi, sinon au règlement ; il faut alors se tourner vers les normes infra-constitutionnelles pour appréhender le périmètre effectif de la compétence présidentielle. La nomination du grand chancelier de la Légion d'honneur est sûrement la moins problématique. La Constitution prévoit que ce poste unique est pourvu en Conseil des ministres ce dont le Code de la Légion d'honneur prend acte¹⁰⁴⁷. Des difficultés s'élèvent en revanche quant aux autres postes visés par l'article 13 et auxquels la loi organique renvoie. Ceci n'est pas sans conséquence sur le champ d'application de l'habilitation présidentielle.

183. Ainsi, le nombre de directeurs d'administration centrale¹⁰⁴⁸ varie avec le nombre de ministères et avec leur organisation interne, laquelle est laissée au pouvoir réglementaire. Tandis que sous la Troisième République, « le nombre des emplois de chefs de service de chaque catégorie, savoir : directeurs généraux ou secrétaires généraux, chefs de division ou chefs de service, sous-directeurs, chefs de bureau, ne [pouvait] être augmenté que par une loi¹⁰⁴⁹ », désormais « l'organisation des services centraux de chaque ministère en directions générales, directions et services est fixée par décret¹⁰⁵⁰ ». Dès lors, si le président de la République capte le pouvoir de décision appartenant au Premier ministre, alors il peut potentiellement déterminer lui-même le nombre de directeurs qu'il nomme. Il en va de même

droits français et étrangers, op. cit., 287 p. ; Revue *Pouvoirs*, n°40 *Des fonctionnaires politisés*, 1987, 200 p. ; E. SULEIMAN, *Les Hauts fonctionnaires et la politique*, trad. franç. par MEUSY M., Seuil, coll. « Sociologie politique », 1976, 238 p. ; E. SULEIMAN et H. MENDRAS (dir.), *Le Recrutement des élites en Europe*, La Découverte, coll. « Recherches », 1995, 264 p.

¹⁰⁴⁷ Supprimées par les révolutionnaires en 1791 et 1793, les décorations furent rétablies par NAPOLÉON dans la Constitution du 22 frimaire de l'an VIII (13 décembre 1799). La loi du 28 floréal de l'an X (18 mai 1802) créa l'ordre de la Légion d'honneur (*Bulletin des Lois de la République française*, 3^e série, vol. 6 second semestre de l'an X, Imprimerie de la République, an XI, p. 319-323) ayant vocation à récompenser les militaires ainsi que les « services et vertus civils ». Sous la Cinquième République, la « Légion d'honneur est la plus élevée des dignités nationales » (Art. R. 1 du Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire) et constitue un ordre, doté de la personnalité morale (Art. R. 2 du même Code). Le grand chancelier est président du Conseil de l'ordre (Art. R. 11, *idem*). Il est nommé par le président de la République en Conseil des ministres, à la différence des autres membres de l'ordre. Sur la Légion d'honneur, voir T. LENTZ (dir.), *Quand Napoléon inventait la France. Dictionnaire des institutions politiques, administratives et de cour du Consulat et de l'Empire*, Tallandier, coll. « Bibliothèque napoléonienne », 2008, p. 391-393. Voir aussi G. FEUER, « Le problème des décorations en droit administratif », art. cit., p. 118-132.

¹⁰⁴⁸ Précisons, qu'il s'agit d'emplois à la décision du Gouvernement au sens de l'article 25 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État et du décret n°85-779 du 24 juillet 1985 portant application de l'article 25 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement. À ce sujet, voir *infra* p. 422 et s.).

¹⁰⁴⁹ Art. 35 al. 2 de la loi du 13 avril 1900 portant fixation du budget général des dépenses et recettes de l'exercice 1900. Abrogé par le décret n°87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale.

¹⁰⁵⁰ Art. 2 du décret n°87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale.

s'agissant des préfets et représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie dont le nombre varie avec l'organisation territoriale de l'État¹⁰⁵¹. De même, le nombre de recteurs¹⁰⁵² échappe partiellement à la compétence législative, puisque les circonscriptions académiques, à la tête desquelles ils sont placées, sont créées par décret¹⁰⁵³. Il n'existait que vingt circonscriptions académiques métropolitaines en

¹⁰⁵¹ Pour des éléments historiques sur l'institution préfectorale, voir en particulier D. CHAGNOLLAUD, *Le Premier des ordres. Les hauts fonctionnaires, XVIII^e-XX^e siècle*, Fayard, 1991, p. 36-39 ; T. LENTZ (dir.) *Quand Napoléon inventait la France (...)*, op. cit., p. 521 et s. ; F. BORELLA, « Deux siècles d'institution préfectorale », in F. BORELLA (dir.), *Le Préfet, 1800-2000, gouverneur, administrateur, animateur*, Presses universitaires de Nancy, coll. « Droit, politique, société », 2000, p. 13-25. Une étude sociologique des préfets de la Cinquième République est disponible in L. ROUBAN, *Les Préfets de la République 1870-1997*, Cahiers du CEVIPOF, n°26, 2000, 109 p. Pour de plus amples informations quant au corps préfectoral et à l'évolution de la fonction des préfets, notamment depuis 2010, voir P. GÉRARD, *L'Administration de l'État*, op. cit., p. 216 et s. (sur le préfet de département, préfet de région), p. 236 et s. (sur les préfets de région coordonnateurs de missions interrégionales et préfets de zone de défense et de sécurité) et p. 247 et s. (sur le préfet de département) ; voir aussi P. JAN, *Institutions administratives*, op. cit., p. 129 et s.

Avant la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, la seule modification qu'ait connue l'article 13 de la Constitution, auquel renvoie l'ordonnance organique, résulte de la révision du 28 mars 2003. À l'alinéa 3, la mention des « représentants du Gouvernement dans les territoires d'outre mer » a été remplacée par « les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie » (Art. 12§II de la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République). La substance de l'article ne fut guère atteinte. Dépositaires de l'autorité de l'État en charge des intérêts nationaux et du respect des lois, représentant le Premier ministre et chacun des ministres, les préfets sont chargés de veiller à l'exécution des règlements et des décisions gouvernementales et dirigent, sous l'autorité des ministres, les services déconcentrés des administrations civiles de l'État. Ces missions résultent directement des dispositions de l'article 72 de la Constitution. Voir également art. 1^{er} du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements. Cf. aussi décret n°64-250 du 14 mars 1964 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation des services de l'État dans les départements et à la déconcentration administrative. Il s'agit également d'emplois à la décision du Gouvernement.

¹⁰⁵² Sur les recteurs, voir P. GÉRARD, « Le recteur d'académie », *AJDA*, 1996, p. 836-855 et du même auteur, pour un article récent et riche d'informations, « Le recteur et son académie », art. cité, p. 353-380. Il est important d'indiquer qu'au moment de la publication du premier article cité P. GÉRARD était recteur de l'Académie d'Orléans-Tours ; au moment de la publication du second, il venait de démissionner de ses fonctions de l'académie de Paris suite à l'alternance de 2012. Il présente lui-même le Recteur de l'académie de Paris comme « le premier des recteurs », choisi « personnellement » par le président de la République.

Sur la fonction rectorale, voir aussi T. LENTZ (dir.) *Quand Napoléon inventait la France (...)*, op. cit., p. 391-393. Les travaux de J.-F. CONDETTE sur le sujet sont incontournables. Voir en particulier, J.-F. CONDETTE et H. LEGOHÉREL (dir.), *Le Recteur d'académie. Deux cents ans d'Histoire*, Cujas, 2008, 316 p. À travers des témoignages de recteurs, l'évolution de la fonction et de la conception de leur fonction par les intéressé(e)s est saisissante. Pour une étude fouillée des nominations de recteurs depuis l'origine jusqu'à 1940, voir J.-F. CONDETTE, « Les recteurs d'académie en France de 1809 à 1940 : évolution d'une fonction administrative », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, n°51, 2004, p. 62-93. La « professionnalisation » et l'« universitarisation » (p. 76) des recteurs y est démontrée, chiffres à l'appui, à partir d'une étude systématique des nominations sur la période considérée. L'article a aussi l'intérêt plus général de montrer, comme l'indique son titre, l'évolution de la fonction rectorale : d'un notable mondain au service du ministre, le recteur est devenu « un gestionnaire, au service de l'Instruction publique » (p. 93). Sur cette évolution, voir aussi B. TOULEMONDE, « La fonction rectorale depuis 1945 : une profonde transformation », *RDP*, 2010, p. 1345 et s.

Il s'agit également d'emplois à la décision du Gouvernement.

¹⁰⁵³ Institués par le décret du 17 mars 1808, les recteurs sont placés à la tête des circonscriptions académiques françaises et chargés de les administrer (telle est leur fonction depuis l'origine, aujourd'hui codifiée à l'article L. 222-1 du Code de l'éducation). En outre, « dans chaque académie, la chancellerie, établissement public national à caractère administratif doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, est placée sous la tutelle du ministre chargé de l'enseignement supérieur » (Art. D. 762-1 du même Code). Le recteur dirige la

1961¹⁰⁵⁴ ; il en existe aujourd'hui vingt-six¹⁰⁵⁵. Par exemple, la loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 *relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral* qui réduit le nombre de régions métropolitaines à treize, n'emportera pas nécessairement une réduction du nombre de recteurs¹⁰⁵⁶.

184. La question de la définition des emplois pourvus par décret délibéré en Conseil des ministres est particulièrement prégnante s'agissant des autres emplois visés à l'article 13 alinéa 3, car elle questionne la validité des normes de concrétisation de cet article.

Pourraient être considérés comme « conseillers d'État » au sens de la Constitution tous les personnels fonctionnaires de la haute juridiction¹⁰⁵⁷. Cela supposerait que tous les membres titulaires seraient nommés par décret en Conseil des ministres. Pourtant, l'article L. 121-2 du Code de justice administrative invite à distinguer les « conseillers d'État » des autres « membres » du Conseil d'État, également magistrats administratifs¹⁰⁵⁸. Conformément aux dispositions constitutionnelles, les dispositions statutaires prévoient que les conseillers d'État en service ordinaire ou extraordinaire¹⁰⁵⁹ sont nommés en Conseil des ministres. Mais il en va de même du Vice-président¹⁰⁶⁰ et des présidents de section¹⁰⁶¹. Cependant, puisque ces derniers doivent être choisis parmi les « conseillers d'État » au sens de l'article L. 121-2, il est

chancellerie et préside le conseil d'administration de celle-ci (Art. D. 762-4 et 762-5 du même Code).

¹⁰⁵⁴ Décret n°61-1355 du 12 décembre 1961 *modifiant les circonscriptions académiques métropolitaines*.

¹⁰⁵⁵ Décret n°2004-701 du 13 juillet 2004 *relatif à certaines dispositions réglementaires du code de l'éducation*. Voir art. R. 222-1 du Code de l'éducation. Précisons que la France compte quatre académies ultramarines.

¹⁰⁵⁶ Sur les réflexions en cours à ce sujet, voir en particulier Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche, *Quelle évolution de l'État territorial pour l'éducation nationale, l'enseignement supérieur et la recherche ?*, avril 2015, 47 p. Les auteurs du rapport préconisent de réduire à vingt le nombre d'académies (p. 21).

¹⁰⁵⁷ Pour une étude sociologique de ce corps, voir en particulier L. ROUBAN, *Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps*, Cahiers du CEVIPOF, n°49, 2008, 118 p.

¹⁰⁵⁸ L'article L. 121-2 du CJA dispose que « le Conseil d'État se compose du Vice-président, des présidents de section, des conseillers d'État en service ordinaire, des conseillers d'État en service extraordinaire, des maîtres des requêtes, des maîtres des requêtes en service extraordinaire, des auditeurs de 1^e classe et des auditeurs de 2^e classe ». Sur l'Histoire des modes de recrutement au Conseil d'État, voir D. CHAGNOLLAUD, *Le Premier des ordres (...), op. cit.*, p. 41-52. Une autre approche historique conjuguée à des analyses de science administrative est proposée in J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 5-17. Cet article permet de mesurer l'importance et l'enjeu de ces nominations s'agissant des relations entre Administration et politique et des ressources de pouvoir, liés notamment à l'investissement des lieux de pouvoirs. Cette analyse prend encore davantage d'envergure lorsqu'elle est confrontée aux décisions contentieuses du Conseil d'État (voir D. LOCHAK, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 19-32) et à son éminente fonction consultative (voir N. BELLOUBET, « Conseiller l'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 33-50).

¹⁰⁵⁹ Art. L. 133-3 du CJA.

¹⁰⁶⁰ Art. L. 133-1 du même Code. Sur l'importance de la fonction du Vice-président du Conseil d'État, voir en particulier P. GONOD, « Le Vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 117-132.

¹⁰⁶¹ Art. L. 133-2 du même Code.

fondé qu'ils soient considérés comme des « conseillers d'État » au sens de l'article 13 de la Constitution. Il appert néanmoins que le champ d'application de l'habilitation présidentielle est déterminé par la loi qui définit ce que sont les conseillers d'État au sens de l'article 13 de la Constitution.

185. La même difficulté s'élève s'agissant des « conseillers maîtres à la Cour des Comptes »¹⁰⁶². En vertu de l'article L. 112-1 du Code des juridictions financières (CJF), « la Cour des comptes est composée du Premier président, de présidents de Chambre, de conseillers maîtres, de conseillers référendaires et d'auditeurs ». L'article L. 121-1 du même Code indique que « le Premier président, les présidents de Chambre et les conseillers maîtres sont nommés par décret pris en Conseil des ministres ». Comme pour les conseillers d'État, il serait possible d'admettre que la nomination en Conseil des ministres du Premier président et des présidents de Chambre s'explique par le fait que ces derniers doivent être choisis parmi les conseillers maîtres. Mais, si cela est vrai pour les présidents de Chambre¹⁰⁶³, ce n'est pas le cas du Premier président. En l'occurrence, ce n'est donc pas la Constitution qui habilite le président de la République à pourvoir ce poste, mais une disposition législative ordinaire, codifiée par la loi n°94-1010 du 2 décembre 1994. Il s'agit d'une norme de concrétisation non conforme à l'article 13 de la Constitution, d'une part, parce que le Premier président n'est pas nécessairement un « conseiller maître » au sens de l'article 13 et, d'autre part, parce que la Constitution donne compétence exclusive au législateur organique pour énumérer « les autres emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres ».

La nomination du Premier président serait-elle fondée sur le troisième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance en vertu duquel « il est pourvu en Conseil des ministres [...] aux emplois pour lesquels cette procédure est actuellement prévue par une disposition législative ou réglementaire particulière » ? La réponse dépend, là encore, de l'interprétation à retenir. La temporalité de cette dernière norme n'est pas sans présenter de difficultés. L'adverbe ouvre potentiellement une brèche permanente dans l'habilitation. Car n'importe quelle disposition législative ou réglementaire postérieure au décret pourrait être considérée comme conforme à

¹⁰⁶² Pour une brève Histoire de la juridiction financière et l'évolution des modes de nomination allant de pair avec son statut, voir C. DESCHEEMAËKER, *La Cour des comptes*, La Documentation française, coll. « Les études de la Documentation française », 2005, p. 9-24. Voir aussi A. PICHON (dir.), *La Cour des comptes*, 2014, p. 11-37. Le second de ces ouvrages est plus récent mais plus orienté vers le grand public : les auteurs n'entrent pas dans les précisions quant aux statuts, aux nominations, etc.

¹⁰⁶³ Art. L. 22-1 du CJF résultant de la loi n°94-1010 du 2 décembre 1994 *relative à la partie législative des livres Ier et II du Code des juridictions financières*.

ce troisième alinéa : bien des dispositions législatives ou réglementaires postérieures à 1959 prévoient la délibération de nominations en Conseil des ministres « au moment de leur énonciation », donc « actuellement ». Il semble pourtant qu'il faille comprendre que seules les nominations qui étaient délibérées en Conseil des ministres au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance puissent l'être encore après son adoption. Or, la nomination du Premier président en Conseil des ministres n'a été consacrée que par l'article 4 de la loi du 22 juin 1967 *relative à la Cour des comptes*. En 1958, elle n'était donc pas « actuellement prévue par une disposition législative ou réglementaire particulière ».

186. Des griefs analogues se font jour s'agissant des officiers généraux¹⁰⁶⁴. Aux termes du Code de la défense, la hiérarchie militaire comprend, les militaires de rang, les sous-officiers et officiers mariniers, les officiers et les Maréchaux de France et amiraux de France¹⁰⁶⁵. L'article L. 4131-1 du Code de la défense distingue huit grades d'officiers¹⁰⁶⁶ dont deux grades de généraux : général de brigade (terre), général de brigade aérienne (air) ou contre-amiral (mer), d'une part, et général de division, général de division aérienne ou vice-amiral. En vertu de l'article 13 de la Constitution, parmi les officiers, seuls les généraux sont nommés en Conseil des ministres. L'article L. 4134-1 du Code de la défense le confirme : « les nominations dans un grade de la hiérarchie militaire sont prononcées : 1° par décret en Conseil des ministres pour les officiers généraux ». Cependant, le même Code précise que certains généraux « peuvent respectivement *recevoir rang et appellation* de général de corps d'armée, de général de corps aérien ou de vice-amiral d'escadre et de général d'armée, de général d'armée aérienne ou d'amiral¹⁰⁶⁷ ». Au sens strict, seuls les officiers généraux des deux derniers grades de la hiérarchie militaire¹⁰⁶⁸ peuvent, conformément aux dispositions de l'article 13, être *nommés* en Conseil des ministres. Les généraux à quatre ou cinq étoiles ne

¹⁰⁶⁴ Sur ce sujet, voir S. COHEN, *La Défaite des généraux. Le pouvoir politique et l'armée sous la V^e République*, Fayard, 1994, 276 p. et, dans un registre plus journalistique mais riche d'informations, voir J. GUISEL, *Les Généraux. Enquête sur le pouvoir militaire en France*, La Découverte, coll. « Enquêtes », 1990, 309 p. Voir aussi F. CAILLETEAU et G. BONNARDOT, « Le recrutement des généraux en France, en Grande-Bretagne et en Allemagne », in E. SULEIMAN et H. MENDRAS (dir.), *Le Recrutement des élites en Europe, op. cit.*, p. 158-180.

¹⁰⁶⁵ Cette hiérarchie s'applique tant aux trois armées qu'aux agents de la Gendarmerie.

¹⁰⁶⁶ Sous-lieutenant ou enseigne de vaisseau (pour la marine) de deuxième classe, lieutenant ou enseigne de vaisseau de première classe ; capitaine ou lieutenant de vaisseau ; commandant ou capitaine de corvette ; lieutenant-colonel ou capitaine de frégate ; colonel ou capitaine de vaisseau ; général de brigade, général de brigade aérienne ou contre-amiral ; général de division, général de division aérienne ou vice-amiral.

¹⁰⁶⁷ Art. L. 4131-1 du même Code : « Les généraux de division, les généraux de division aérienne et les vice-amiraux peuvent respectivement *recevoir rang et appellation* de général de corps d'armée, de général de corps aérien ou de vice-amiral d'escadre et de général d'armée, de général d'armée aérienne ou d'amiral ».

¹⁰⁶⁸ Il s'agit des généraux de brigade, de brigade aérienne ou les contre-amiraux (généraux à deux étoiles) et les généraux de division, de division aérienne ou les vice-amiraux (généraux à trois étoiles).

sont pas nommés dans un grade de la hiérarchie militaire, ils sont seulement nommés au sens usuel du terme : une « appellation », un nom leur est attribué. Il est possible d'y voir des nominations attributives de titres. Là encore, l'habilitation présidentielle résultant de l'article 13 de la Constitution paraît méconnue par le législateur car le texte prévoit seulement que le président de la République est habilité à nommer aux *emplois* civils et militaires de l'État.

187. Enfin, ne sont pas non plus exemptes de critiques les normes de concrétisation relatives aux « ambassadeurs et envoyés extraordinaires¹⁰⁶⁹ » au sujet desquels le Président DE GAULLE considérait qu'ils étaient « ses représentants personnels¹⁰⁷⁰ ». Il convient de distinguer la nomination à un *emploi* d'ambassadeur¹⁰⁷¹ de la nomination à la *dignité* d'ambassadeur¹⁰⁷². En effet, les chefs de mission diplomatique, nommés par décret en Conseil des ministres¹⁰⁷³, peuvent être recrutés tant parmi les ambassadeurs de France que parmi les membres du corps des ministres plénipotentiaires et du corps des conseillers des Affaires étrangères¹⁰⁷⁴. Et le statut de prévoir que la nomination à la dignité d'ambassadeur de France relève du décret en Conseil des ministres. Ainsi le décret du 6 mars 1969 permet-il au

¹⁰⁶⁹ La distinction entre ambassadeurs et envoyés extraordinaires retenue dans le texte originel de 1958, qui n'a pas connu de modification depuis lors, est tombée en désuétude. Seuls demeurent les ambassadeurs portant le titre officiel d' « ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire ». Voir J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, entrée « Ambassadeur », p. 61. En vertu de l'article 1^{er} du décret n°79-433 du 1^{er} juin 1979 *relatif aux pouvoirs des ambassadeurs et à l'organisation des services de l'État à l'étranger* : « L'ambassadeur est dépositaire de l'autorité de l'État dans le pays où il est accrédité. [...] Il représente le président de la République, le Gouvernement et chacun des ministres. Il informe le Gouvernement, négocie au nom de l'État, veille au développement des relations de la France avec le pays accréditaire, assure la protection des intérêts de l'État et celle des ressortissants français ».

¹⁰⁷⁰ C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. 1, *op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁷¹ M.-C. KESSLER propose de distinguer les ambassadeurs dignitaires des ambassadeurs fonctionnaires (*Les Ambassadeurs*, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 2012, p. 46). Cependant, les ambassadeurs ne sont pas forcément des fonctionnaires car il s'agit aussi d'emplois à la décision du Gouvernement (voir *infra* p. 422 et s.). Sur l'évolution des modes de nomination des ambassadeurs, voir dans le même ouvrage p. 58-77 et également, M. KINGSTON DE LEUSSE, *Diplomate. Une sociologie des ambassadeurs*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2004, en particulier p. 15-48. Voir aussi D. CHAGNOLLAUD, *Le Premier des ordres (...)*, *op. cit.*, p. 39-41.

¹⁰⁷² Le titre d'ambassadeur de France constitue une dignité accordée à vie à son titulaire et qui a vocation à distinguer une carrière particulièrement remarquable. Art. 2 du décret n°69-222 du 6 mars 1969 *relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires*. Voir J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, entrée « Ambassadeur ».

¹⁰⁷³ Art. 66 du décret n°69-222 du 6 mars 1969 *relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires*.

¹⁰⁷⁴ Aux termes de l'article 1^{er} du décret n°69-222 du 6 mars 1969 *relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires* : « Le personnel diplomatique et consulaire comprend les ambassadeurs de France et les fonctionnaires appartenant aux corps suivants : ministres plénipotentiaires ; conseillers des affaires étrangères (cadre général et cadre d'Orient) ; secrétaires des affaires étrangères (cadre général, cadre d'Orient et cadre d'administration) ; secrétaires de chancellerie ; attachés des systèmes d'information et de communication ; secrétaires des systèmes d'information et de communication ».

président de la République de nommer non seulement aux *emplois* d'ambassadeurs au sens de l'article 13 mais encore à la *dignité* d'ambassadeur.

188. Par ailleurs, en 1998, Jacques CHIRAC¹⁰⁷⁵ décida de créer des postes d'« ambassadeurs thématiques » pourvus tantôt par décret en Conseil des ministres, tantôt par simple lettre de service du ministre des affaires étrangères¹⁰⁷⁶. Une telle pratique, qui perdure et qu'aucune norme n'explique, peut être analysée d'au moins deux façons. Soit il s'agit d'une autre catégorie d'ambassadeurs que celle prévue par l'article 13 de la Constitution ; dans ce cas, leur nomination en Conseil des ministres suscite l'étonnement. Soit il s'agit bien d'ambassadeurs au sens de l'article 13 ; dans ce cas, leur nomination par simple lettre n'étonne pas moins. Outre les enjeux financiers non dérisoires qu'elle suscite¹⁰⁷⁷, cette pratique atteste encore la liberté que le président de la République peut prendre à l'égard de son habilitation. Un « ambassadeur thématique » admit lui-même que sa « propre nomination relevait du “fait du prince”, indépendamment de toute utilité identifiée de sa fonction au sein du ministère, et parfois à l'encontre de la volonté du ministre lui-même¹⁰⁷⁸ ».

189. De cet examen il est possible de tirer au moins trois conclusions. D'abord, la notion d'emploi au sens de l'article 13 de la Constitution est suffisamment vaste pour être, au moins partiellement, laissée à la libre appréciation du Parlement, du Gouvernement voire du

¹⁰⁷⁵ A. GOUTEYRON, *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, sur la gestion des carrières des hauts fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et européennes*, n°268, S, avril 2008, p. 12 (PDF disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/r07-268/r07-2681.pdf>).

¹⁰⁷⁶ Cité par R. YUNG et R. DU LUART, Commission des finances, PLF 2013, *Rapport spécial « mission “Actions extérieures de l'État” »*, S., art. 46 État B. Annexe 1 Contrôle Budgétaire sur les Ambassadeurs thématiques. (disponible en ligne : <http://www.senat.fr/commission/fin/pilf2013/np/np01/np012.html>).

¹⁰⁷⁷ *Ibid.* En 2011, la somme totale engagée pour les ambassadeurs thématiques atteignait près de 725 000 euros. L'ancien Premier ministre, Michel ROCARD, ambassadeur chargé de la négociation internationale pour les pôles arctique et antarctique, toucha ainsi en 2011, 47 286 € de rémunération et 32 379€ de frais de mission. En 2014, le sénateur YUNG maintint ses griefs et proposa dans la discussion sur le Projet de loi de finances pour 2015, « un amendement diminuant symboliquement les crédits du programme (150 000 euros), qui viserait les moyens de fonctionnement des ambassadeurs thématiques. Une telle initiative imposera au Gouvernement de justifier l'existence de ces postes et les conditions dans lesquelles les intéressés exercent leur activité » (voir R. YUNG et E. DOLIGÉ, Commission des finances, PLF 2015, *Rapport spécial « mission “Actions extérieures de l'État” »*, S. (disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/114-108-31/114-108-316.html>)).

Adrien GOUTEYRON écrit pour sa part que « la plupart de ces ambassadeurs thématiques ne proviennent pas du Quai d'Orsay. Leur nomination, dès lors qu'elle entre dans le plafond d'emploi du ministère des Affaires étrangères et européennes, accroît la pression sur les effectifs de l'encadrement supérieur, car toute nomination suppose la création d'un équivalent temps plein correspondant. Elle a de plus un effet budgétaire, en termes de « frais de représentation » et de personnel de soutien (secrétaires, chargés de mission etc...) » (A. GOUTEYRON, *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, sur la gestion des carrières des hauts fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et européennes*, n°268, S, avril 2008, p. 12 [PDF disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/r07-268/r07-2681.pdf>]).

¹⁰⁷⁸ R. YUNG et R. DU LUART, Commission des finances, PLF 2013, *Rapport spécial « mission “Actions extérieures de l'État” »*, préc.

président de la République lui-même. Ce faisant, la détermination du champ d'application de l'habilitation présidentielle ne relèverait pas seulement de la loi organique, comme en dispose pourtant le texte constitutionnel français. Ensuite, il est permis de soutenir que, même en retenant une acception large de la notion d'emploi, certains des textes en vigueur s'opposent frontalement à l'habilitation constitutionnelle. Ceci est remarquable s'agissant par exemple du Premier président de la Cour des comptes ou encore des ambassadeurs thématiques. Enfin, il faut d'ores et déjà remarquer que tous ces emplois pourvus en Conseil des ministres ne sont pas des « emplois à la décision du Gouvernement » au sens de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* et du décret du 24 juillet 1985 qui en porte application¹⁰⁷⁹.

2. La loi organique énonçant une liste complémentaire d'emplois

190. Outre la référence à la Constitution qu'il opère, l'article 1^{er} de l'ordonnance organique prévoit, en son premier alinéa, qu'il est pourvu par décret en Conseil des ministres « aux emplois de procureur général près la Cour de cassation, de procureur général près la Cour des comptes, de procureur général près une cour d'appel »¹⁰⁸⁰. En l'état actuel de l'organisation judiciaire, trente-huit emplois sont concernés par l'énumération à laquelle procède l'ordonnance organique : outre les deux procureurs généraux près les hautes juridictions s'ajoutent les procureurs généraux affectés près chacune des trente-six cours d'appel que compte actuellement la République française. Finalement, l'article 1^{er} de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 prévoit relativement peu d'autres emplois pourvus en Conseil des ministres, lors même que tel était l'objet de l'habilitation du législateur organique.

En sus de ces habilitations à nommer en Conseil des ministres – qui peuvent confiner elles-mêmes de façon insidieuse à l'auto-habilitation du président de la République –, l'ordonnance

¹⁰⁷⁹ Parmi les emplois énumérés à l'article 13 de la Constitution, seuls les préfets, les directeurs d'administration centrale, les ambassadeurs et les recteurs sont des emplois à la décision du Gouvernement qui doivent être pourvus en Conseil des ministres en vertu d'une disposition constitutionnelle. Pour des développements sur cette question, voir *infra* p. 422 et s.

¹⁰⁸⁰ Les procureurs généraux près ces différentes juridictions ont globalement la même fonction : ils assument le ministère public. Les procureurs près les cours suprêmes veillent, en sus, à la cohérence de la jurisprudence, au respect des procédures et opèrent un lien entre la juridiction et les diverses autorités de l'État. Procureurs près la Cour de cassation, voir art. L. 432-1 et s. et R. 432-1 et s. du Code de l'organisation judiciaire ; près une cour d'appel, voir art. L. 312-7 et R. 312-14 et s. du même Code ; près la Cour des comptes voir, CJF, art. L. 21-3, R. 112-2 et R. 112-8 et s.

étudiée semble manifestement permettre une « auto-définition¹⁰⁸¹ » de sa compétence par le chef de l'État.

B. L'auto-habilitation à nommer en Conseil des ministres

191. Le deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance organique exige qu'il soit pourvu en Conseil des ministres « aux emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales *quand leur importance justifie inscription sur une liste dressée par décret en Conseil des ministres*¹⁰⁸² ».

Pour mesurer comment, par des mécanismes juridiques – et non simplement par des rapports de force –, le président de la République a pu capter une importante part de la compétence de nomination, deux arguments peuvent être avancés. Le premier réside dans la non-conformité à la Constitution de l'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 concrétisant l'article 13 alinéa 4 (1) ; le second tient à l'effet des arrêts *Meyet* et *Collas* du Conseil d'État (2).

1. Les effets de l'inconstitutionnalité de l'ordonnance du 28 novembre 1958

La non-conformité de l'ordonnance (a) n'est pas exempte de conséquences quant à l'extension par le président de la République de sa propre compétence : elle lui permet « de manœuvrer les portes d'accès aux hautes fonctions publiques¹⁰⁸³ » (b).

a. L'inconstitutionnalité de l'ordonnance du 28 novembre 1958

192. Trois griefs peuvent être invoqués à l'encontre de l'article 1^{er} (al. 2) de l'ordonnance étudiée. L'un est relatif à la forme ; les deux autres relatifs au fond.

¹⁰⁸¹ Le mot est emprunté à O. GOHIN : « L'évolution de la jurisprudence *Meyet* de 1992 sur le pouvoir réglementaire du président de la République », *D.*, 1997, p. 129.

¹⁰⁸² Nous soulignons.

¹⁰⁸³ J. GEORGEL, *Critiques et réforme des Constitutions de la République. De la Quatrième à la Sixième ?*, Celse, 1960, t. 2, p. 108.

D'abord, un grief général peut être formulé : le recours même à l'ordonnance pour concrétiser l'article 13 de la Constitution est sujet à caution. Effectivement, l'article 92 de la Constitution dans sa version de 1958 habilitait le Gouvernement à adopter les « mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions » (al. 1) et à « prendre en toutes matières les mesures qu'il jugera[it] nécessaires à la vie de la nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés » (al. 3). L'action gouvernementale était ainsi limitée par la *nécessité* des mesures à adopter. Comme l'écrit Anne-Marie LE POURHIET, certaines ordonnances organiques – dont celle du 28 novembre 1958 – « pouvaient fort bien attendre la réunion du Parlement car, sans nier leur importance, leur intervention ne présentait pas un caractère urgent¹⁰⁸⁴ ». Et l'auteur de souligner les conséquences politiques d'un tel détournement de procédure. Non seulement la procédure de l'article 46 censée doter les lois organiques « d'une plus grande stabilité » et les entourer « d'un plus grand respect »¹⁰⁸⁵ n'a pas été appliquée mais, plus encore, elle a rendu « plus difficile au Parlement toute modification des textes édictés préalablement en toute facilité par le Gouvernement¹⁰⁸⁶ ».

Deux arguments de fond peuvent également être avancés à l'encontre de la conformité de l'ordonnance étudiée au regard de la Constitution. D'une part, l'article 13 du texte constitutionnel établit que « [le président de la République] nomme aux emplois civils et militaires *de l'État*¹⁰⁸⁷ ». Même en admettant que cette disposition donne compétence générale au chef de l'État¹⁰⁸⁸ et même en admettant que la définition de l'emploi au sens de l'article 13 est laissée aux organes de concrétisation, il n'en resterait pas moins que l'article 13 n'habilite pas le chef de l'État à nommer aux emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales qui ne constituent pas, « à strictement parler, des emplois civils et militaires de l'État¹⁰⁸⁹ ». D'autre part, l'ordonnance étudiée est entachée d'incompétence négative. En prévoyant qu'il est pourvu en Conseil des ministres « aux emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales quand leur importance justifie inscription sur une liste *dressée par décret en Conseil des ministres* », la loi organique, qui seule pourtant devait avoir prise sur la

¹⁰⁸⁴ A.-M. LE POURHIET, *L'Article 92 de la Constitution de 1958*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁸⁵ M. DEBRÉ, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, *op. cit.*, vol. 3, p. 259.

¹⁰⁸⁶ A.-M. LE POURHIET, *L'Article 92 de la Constitution de 1958*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁸⁷ Nous soulignons.

¹⁰⁸⁸ Voir *supra*, p. 206 et s.

¹⁰⁸⁹ S. AUSTRY, concl. sur CE, 26 février 2001, *M. Nentien, RFDA*, 2001, p. 532. Nous remercions M. AUSTRY d'avoir bien voulu nous autoriser à citer ses conclusions inédites.

ductilité de la compétence présidentielle¹⁰⁹⁰, se défausse sur le pouvoir réglementaire¹⁰⁹¹. En permettant qu'un décret délibéré en Conseil des ministres étende la liste des emplois pourvus en Conseil des ministres, le législateur organique est resté « en-deçà de sa compétence¹⁰⁹² », il ne l'a pas « exercée pleinement¹⁰⁹³ », il en a méconnu « l'étendue¹⁰⁹⁴ » ; autant d'expressions auxquelles le Conseil constitutionnel a pris l'habitude de se référer pour identifier et sanctionner l'incompétence négative du législateur¹⁰⁹⁵. Ce grief retenu pour la première fois dans la décision n°67-31 DC du 26 janvier 1967¹⁰⁹⁶ est, depuis lors, régulièrement sanctionné¹⁰⁹⁷ et invoqué par les requérants, y compris dans le cadre de recours *a posteriori*¹⁰⁹⁸.

En somme, l'usage même d'une ordonnance de l'article 92, l'interprétation de l'expression « emplois de l'État » que fait sienne la concrétisation étudiée et la compétence dévolue au pouvoir réglementaire constituent les trois motifs inclinant à penser que l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de l'ordonnance étudiée n'est pas conforme à la Constitution.

193. Or, l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 n'a pas pu être soumise au contrôle obligatoire de constitutionnalité qui pèse pourtant sur les lois organiques puisqu'elle a été adoptée avant l'installation du Conseil constitutionnel qui n'intervint qu'en mars 1959¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁰ Voir *supra*, p. 198 et s.

¹⁰⁹¹ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 486. Cf. du même auteur, M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...), op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁹² Ce syntagme apparaît dans la décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 51, *JORF* du 3 août 2006, p. 11541, *Rec.* p. 88.

¹⁰⁹³ L'expression est employée notamment dans la décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 19, *JORF* du 21 novembre 2007, p. 19001, *Rec.* p. 360.

¹⁰⁹⁴ L'expression figure, par exemple, dans la décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, cons. 22 et s., *JORF* du 16 novembre 1999, p. 16962, *Rec.* p. 116.

¹⁰⁹⁵ Voir les développements qu'Ariane VIDAL-NAQUET consacre à l'incompétence négative in M. VERPEAUX et alii., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence, op. cit.*, p. 375-380. Voir aussi, du même auteur, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n°46, 2015, p. 5-19.

¹⁰⁹⁶ Cons. const., décis. n°67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 4 et 5, *JORF* du 19 février 1967, p. 1793, *Rec.* p. 19.

¹⁰⁹⁷ Pour un exemple dans le cadre de la procédure QPC : Cons. const., décis. n°2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne [Taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises - Modalités de recouvrement]*, *JORF* du 30 mars 2013, p. 5457. Citons également, dans le cadre des décisions de conformité DC : Cons. const., décis. n°2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 9 à 13, *JORF* du 26 juin 2008, p. 10228, *Rec.* p. 313.

¹⁰⁹⁸ L'incompétence négative du législateur fut ainsi, par exemple, invoquée par la Société Séphora dans le cadre du recours « QPC » qu'elle dirigea contre les articles L. 3122-32, L. 3122-33 et L. 3122-36 du Code du travail réglementant le travail de nuit. En l'espèce, l'argument fut rejeté (Cons. const., décis. n°2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Séphora [Conditions de recours au travail de nuit]*, cons. 9 à 13, *JORF* du 5 avril 2014, p. 6477).

¹⁰⁹⁹ Maurice PATIN, Léon NOËL – président du premier Conseil constitutionnel – et Georges POMPIDOU

Certes, conformément à l'article 91 de la Constitution, une commission constitutionnelle provisoire avait été instituée par arrêté, le 22 novembre 1958¹¹⁰⁰. Aux termes de la Constitution, elle devait « exercer jusqu'à la mise en place du Conseil constitutionnel les attributions conférées à ce Conseil par les articles 58 et 59 de la Constitution¹¹⁰¹ ». Mais l'arrêté créant la commission limita son office en la chargeant seulement de « veiller à la régularité de l'élection du président de la République » et de statuer « en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ». Ainsi, aucune des ordonnances adoptées dans les premiers mois de la Cinquième République¹¹⁰² sur le fondement de l'article 92 ne fut soumise au contrôle de constitutionnalité¹¹⁰³. De surcroît, lorsqu'il eut à examiner la constitutionnalité d'une loi organique modifiant une ordonnance organique de l'article 92, le Conseil constitutionnel prit soin de préciser que la conformité de ces dernières ne pouvait plus être contestée¹¹⁰⁴. De ce fait, même depuis l'entrée en vigueur de la procédure QPC – procédure de « renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité¹¹⁰⁵ » –, certains auteurs considèrent qu'elles bénéficient d'une « présomption de constitutionnalité¹¹⁰⁶ ». Ainsi, bien que la loi organique du 28 novembre 1958 ait « délégué de manière parfaitement

furent nommés le 20 février 1959 par le président de la République respectivement pour des mandats de 3, 6 et 9 ans. Ils siégeaient aux côtés de MM. DELÉPINE, CHATENAY, LE COQ DE QUERLAND, PASTEUR VALLERY RADOT, MICHARD-PELISSIER ET GILBERT-JULES.

¹¹⁰⁰ *JORF* du 25 novembre 1958, p. 10578.

¹¹⁰¹ L'article 91 al. 7 de la Constitution énonçait : « Les attributions conférées au Conseil constitutionnel par les articles 58 et 59 de la Constitution seront exercées, jusqu'à la mise en place de ce Conseil, par une commission composée du Vice-président du Conseil d'État, président, du Premier président de la Cour de cassation et du Premier président de la Cour des comptes ». Outre ces membres de droit, seuls siégeaient des conseillers d'état et membres du Conseil d'État nommés par le président CASSIN.

¹¹⁰² Selon Anne-Marie LE POURHIET, « 300 ordonnances sur la base de l'article 92 [ont été prises par le Gouvernement] entre le 6 octobre 1958 et le 4 avril 1959 » (A.-M. LE POURHIET, *L'Article 92 de la Constitution de 1958, op. cit.*, p. 18. L'auteur en fournit la liste en annexe, p. 71-87). Jean-Pierre DUBOIS en compte 396 entre le 3 juin 1958 et le 4 février 1959 : 75 de juin à octobre 1958 et 321 d'octobre 1958 à février 1959 (J.-P. DUBOIS, « Les ordonnances de 1958-1959 », in COLLECTIF, *L'Avènement de la V^e République. Entre nouveauté et tradition*, Armand Colin, 1999, p. 73 et p. 75).

¹¹⁰³ On se souvient que le Conseil d'État a pour sa part jugé que les ordonnances adoptées « par le Gouvernement en vertu de l'article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958, dans l'exercice du pouvoir législatif [...] ne constitu[ent] pas [des actes] de nature à être [déférés] au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir » (CE, 12 février 1960, *Société Eky, Rec.* p. 101).

¹¹⁰⁴ Cons. const., décis. n°60-6 DC du 15 janvier 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958*, cons. 1, *JORF* du 20 janvier 1960, p. 629, *Rec.* p. 21.

¹¹⁰⁵ O. PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori », *LPA*, n°254, 2008, p. 103-110.

¹¹⁰⁶ *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, Dalloz, 2014, entrée « Constitution du 4 octobre 1958, art. 46 », p. 844.

inconstitutionnelle la compétence que lui a donnée la Constitution¹¹⁰⁷ », le Conseil constitutionnel ne l'a jamais sanctionnée ; il en eut pourtant deux fois l'occasion.

194. D'abord, il fut saisi en 1986 de la loi *relative à la liberté de communication*, dans le cadre du contrôle *a priori* prévu à l'article 61 de la Constitution. Cette loi ordinaire avait notamment pour objet de permettre la nomination par décret en Conseil des ministres du président de la société française de télédiffusion et des membres de la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL). Le Conseil constitutionnel estima que ces mesures méconnaissaient le domaine directement réservé à la loi organique – en vertu de l'article 13 alinéa 2 – et indirectement réservé au règlement – en vertu de l'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance organique de novembre 1958¹¹⁰⁸. Dans son commentaire de la décision, Patrick WACHSMANN estime que « cette solution confère évidemment en l'espèce à la hiérarchie des normes une figure bien paradoxale : une loi ne peut faire ce qu'un décret peut faire et ce renversement des valeurs résulte de ce qu'on pourrait appeler une théorie de "l'écran législatif organique"¹¹⁰⁹ ».

Le Conseil ne saisit pas davantage l'occasion qui lui fut donnée de se prononcer à nouveau, dans le cadre du contrôle de déclassement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. Le 1^{er} juin 1995, le Premier ministre lui soumit six dispositions législatives ordinaires ayant toutes en commun de prescrire que « certaines nominations [*dans des établissements ou entreprises publics devaient*] être effectuées par décret en Conseil des ministres »¹¹¹⁰. Réitérant son raisonnement de 1986,

¹¹⁰⁷ J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 659. Dans le même sens, voir notam. M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 468 ; A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 378 (l'auteur y confirme ce qu'elle développait dans son mémoire de DEA précité) ; O. SCHRAMECK, « Emplois régaliens et conditions de nomination », art. cité, p. 170-171 ; Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 735 : « Le renvoi au décret constitue une violation caractérisée de la Constitution ».

¹¹⁰⁸ Cons. const., décis. n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 86, 87 et 95, *JORF* du 19 septembre 1986, p. 11294, *Rec.* p. 141.

¹¹⁰⁹ P. WACHSMANN, « Loi relative à la liberté de communication » (commentaire), *AJDA*, 1987, p. 111. Dans le même sens, Pierre AVRIL et Jean GICQUEL écrivirent, dans leur « Chronique constitutionnelle » : « Paradoxe : la liste des emplois ainsi pourvus peut être établie par un décret pris en application de l'ordonnance organique du 28-11-1958 [...] mais non par une loi ordinaire... » (P. AVRIL et J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 168).

¹¹¹⁰ Il s'agissait de la nomination du président de l'Institut national des invalides (art. L. 532 du Code des pensions militaires), des directeurs des ports autonomes (art. L. 112-3 du Code des ports maritimes, abrogé par ordonnance en 2010), du directeur général de l'Agence du médicament (art. L. 567-3 du Code de la santé publique, abrogé par la loi en 1998. Cette Agence fut remplacée par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé – Afssaps –, elle-même devenue Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé – ANSM), du président du Centre Georges Pompidou (Art. 4 de la loi n°75-1 du 3 janvier 1975 *portant création du centre national d'art et de culture Georges Pompidou*), des présidents du conseil d'administration des sociétés Compagnie générale d'électricité, Compagnie de Saint-Gobain, Pechiney-Ugine-Kuhlmann, Rhône-Poulenc S.A. et Thomson-Brandt (Art. 9 de la loi n°82-155 du 11 février 1982 *de nationalisation*) et du président

le Conseil constitutionnel déclara que, en vertu de l'article 13 de la Constitution et de l'ordonnance n°58-1136, les six dispositions en cause relevaient du domaine réglementaire et non du domaine de la loi (ordinaire). Pour la première fois dans le cadre d'une décision « L », le Conseil constitutionnel prit soin d'affirmer les limites de ce contrôle en jugeant qu'il lui appartenait « seulement [...] d'apprécier si les dispositions qui lui [étaient] soumises [relevaient] du domaine législatif ou du domaine réglementaire¹¹¹¹ ». Il rejeta en ces termes l'opportunité qui s'offrait de sanctionner la non-conformité de l'agencement normatif relatif aux nominations.

Ces décisions laissent soupçonner l'existence d'un certain nombre de lois ordinaires habilitant le président de la République à pourvoir à des emplois en Conseil des ministres ; elles sont effectivement très nombreuses¹¹¹². Elles confirment, dans le même temps, l'emprise du pouvoir réglementaire, exercé en Conseil des ministres, sur le champ d'application de la compétence de nomination présidentielle.

195. L'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance de novembre 1958 pourrait néanmoins être soumis au Conseil constitutionnel dans le cadre d'un recours QPC de l'article 61-1 de la Constitution, comme le fut en 2012 la loi organique relative au statut de la magistrature¹¹¹³. Le succès

du conseil d'administration de l'Institut national de l'audiovisuel (INA) (Art. 50 de la loi *relative à la liberté de communication*, préc.).

¹¹¹¹ Cons. const., décis. n°95-177 L du 8 juin 1995, *Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en Conseil des ministres*, cons. 1., *JORF* du 10 juin 1995, p. 9008, *Rec.* p. 211.

¹¹¹² Pour des exemples assez récents, citons la loi n°2014-288 du 5 mars 2014 *relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale* qui prévoit que le président du Conseil national de l'emploi est nommé par décret en Conseil des ministres (art. 24). Il en va de même du président du Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie (art. 1^{er} de la loi n°2009-1437 du 24 novembre 2009 *relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*), du président de l'Autorité de la statistique publique (art. 144 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie*), de deux membres du comité monétaire du conseil général de la Banque de France (art. 1^{er} de la loi n°2007-212 du 20 février 2007 *portant diverses dispositions intéressant la Banque de France*), etc.

Les auteurs du guide de légistique indiquent, dans la rubrique relative aux nominations individuelles relevant de la compétence du président de la République : « Des dispositions législatives ou réglementaires particulières ont [...] prévu la délibération en Conseil des ministres de certaines nominations. Ces dispositions ne sont pas conformes à l'ordre constitutionnel des compétences, en tout cas pour celles d'entre elles postérieures à l'ordonnance du 28 novembre 1958 [...] (CC, n°86-217 DC du 18 septembre 1986). Toutefois, dès lors qu'elles n'ont pas été modifiées ou censurées par le juge, il convient de les appliquer.

Il est d'usage, bien qu'aucun texte ne le prévoit explicitement, de pourvoir en Conseil des ministres aux emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement (décret n°85-779 du 24 juillet 1985). Sont également soumises au Conseil des ministres, en vertu de l'usage, les élévations aux dignités de grand-croix et de grand officier dans l'ordre national de la Légion d'honneur et dans l'ordre national du Mérite, les nominations et promotions au grade de commandeur dans l'ordre national de la Légion d'honneur, ainsi que les nominations et promotions à titre exceptionnel dans l'ordre national de la Légion d'honneur » (Le guide de légistique est régulièrement mis à jour sur le site Légifrance. La rubrique citée a été actualisée en mai 2013).

¹¹¹³ Cons. const., décis. n°2012-278 QPC du 5 octobre 2012, *Mme Elisabeth B.* [*Condition de bonne moralité*]

d'une telle démarche paraît cependant hautement improbable dès lors, notamment, que le Conseil constitutionnel juge « que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit¹¹¹⁴ ». Une telle position fut très tôt défendue par une partie de la doctrine qui, avant même l'adoption de la loi organique relative à la procédure QPC, estimait que « le justiciable ne pourra invoquer que la violation des libertés et droits substantiels reconnus par la Constitution¹¹¹⁵ ». De ce point de vue, il existerait des droits et libertés non substantiels au nombre desquels figurerait « le principe démocratique, qui représente à la fois le fondement du pouvoir et les conditions de son exercice¹¹¹⁶ ». Celui-ci n'aurait pas lieu d'être protégé par le juge constitutionnel français dans le cadre du recours préjudiciel. Une telle position qui fait le départ entre les droits et libertés substantiels et le droit constitutionnel institutionnel, lequel conférerait tout au plus des droits et libertés de second ordre, n'est nullement évidente¹¹¹⁷. C'est là, d'une part, refuser de voir que le constitutionnalisme a pour horizon, en démocratie au moins, la garantie des droits et libertés, ce qui se traduit aussi par les institutions. C'est là, d'autre part, priver le justiciable de l'opportunité de saisir « à bras-le-corps, la Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution¹¹¹⁸ », ainsi que l'admettent certaines cours constitutionnelles européennes comme le Tribunal constitutionnel espagnol ou la Cour

pour devenir magistrat], *JORF* du 6 octobre 2012, p. 15655, *Rec.* p. 511.

¹¹¹⁴ Il adopta une telle position dès la cinquième décision QPC qu'il rendit (Cons. const., décis. n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*, *JORF* du 19 juin 2010, p. 11149, *Rec.* p. 114). Il la réaffirma dans la décision précitée du 5 octobre 2012.

¹¹¹⁵ B. MATHIEU, « La question de constitutionnalité : quelles lois ? Quels droits fondamentaux ? », *LPA*, n°136, 2009, p. 20-21. Dans le même sens, voir notam. Guillaume DRAGO qui évoque « l'esprit de la procédure de question préjudicielle de constitutionnalité qui veut sanctionner la violation d'un droit constitutionnel substantiel » (« Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP G.*, 2008, p. 217). Voir également en ce sens P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107-1124.

¹¹¹⁶ B. MATHIEU, *loc. cit.* L'auteur écrit : « Il est cependant possible de distinguer de ce point de vue la protection directe des droits et libertés de la protection médiate ou indirecte que constitue le respect des exigences démocratiques liées à la formation de la loi. La volonté du constituant est sur ce point claire. Le principe démocratique, qui représente à la fois le fondement du pouvoir et les conditions de son exercice peut être distingué de l'affirmation des droits et libertés qui constitue l'expression substantielle d'un système de valeurs et la régulation des rapports entre les pouvoirs publics et les individus ou les groupes légalement reconnus ou entre ces groupes et ces individus ».

¹¹¹⁷ Certains auteurs critiquent la distinction adoptée par le Conseil constitutionnel, voir en ce sens par exemple : L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité », *RFDA*, 2009, p. 789-793 ; P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA*, 2008, p. 877-898.

¹¹¹⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité », *art. cit.*, p. 789.

constitutionnelle belge¹¹¹⁹. Une autre interprétation et, dès lors, une autre concrétisation de l'article 61-1 de la Constitution est donc encore possible.

b. Des conséquences de l'ordonnance du 28 novembre 1958 sur l'extension de la compétence présidentielle

196. Faute d'une censure de l'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958, le pouvoir réglementaire est habilité à établir une liste d'emplois pourvus en Conseil des ministres qui s'ajoute à celle de l'article 13 alinéa 3 de la Constitution. Il s'agit d'emplois de direction dans des sociétés nationales, des établissements et entreprises publics. Le premier décret adopté pour la concrétisation de cette mesure date du 29 avril 1959¹¹²⁰. Il prévoyait initialement la nomination en Conseil des ministres de 51 directeurs au sein de 40 établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales. Il fut modifié vingt-quatre fois depuis lors, parfois de façon marginale, parfois en profondeur. Outre le décret du 22 février 1967¹¹²¹, la modification la plus significative résulte du décret n°85-834 du 6 août 1985¹¹²². Celle-ci illustre au mieux l'élasticité de la compétence de nomination du président de la République et son insigne enjeu politique. À la veille de la première cohabitation, ce décret permit de pourvoir, en Conseil des ministres, à 163 emplois de direction dans 148 établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales. Certes, le Gouvernement socialiste avait nationalisé un certain nombre d'entreprises entre 1981 et 1985 ce qui eut mécaniquement pour effet d'augmenter le nombre d'« entreprises publiques et de sociétés nationales » et, par là, le nombre d'emplois susceptibles d'être pourvus en Conseil des ministres en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958. Mais ces nationalisations n'expliquent pas à elles seules l'augmentation de près de 270% du nombre d'organismes concernés et l'augmentation de près de 219% du nombre d'emplois pourvus en

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 790.

¹¹²⁰ Décret n°59-587 du 29 avril 1959 *relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales*.

¹¹²¹ Décret n°67-152 du 22 février 1967 *modifiant le décret n°59-587 du 29 avril 1959 relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales*. Ce décret substitue une nouvelle liste à l'énumération d'emplois du décret de 1959 dans sa version complétée par quatre décrets en 1960 et 1962. Le nombre de directeurs ainsi nommés fut élevé à soixante-quinze dans cinquante-cinq institutions, soit une augmentation de 27,5% du nombre d'institutions concernées et une augmentation de 47% du nombre d'emplois pourvus en Conseil des ministres par rapport à 1959.

¹¹²² Décret n°85-834 du 6 août 1985 *relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales et modifiant le décret n°59-587 du 29 avril 1959 modifié*.

Conseil des ministres¹¹²³. Le décret de 1985 fut surtout l'occasion pour le Président MITTERRAND de préparer la cohabitation qu'il allait probablement devoir affronter, en prenant la main sur un nombre important de nominations¹¹²⁴. Les écrits et témoignages des acteurs de l'époque confirment cette position et révèlent que l'extension de la liste d'emplois pourvus en Conseil des ministres n'était pas seulement « un effet heureux pour le président de la République¹¹²⁵ » mais bien l'objectif visé¹¹²⁶. Il s'agissait, pour François MITTERRAND, d'étendre son pouvoir de nomination au détriment du Gouvernement de Jacques CHIRAC¹¹²⁷. Jean-Claude ZARKA, cherchant à illustrer « la mise en place préventive [par le président de la République] de moyens d'empêcher », cite d'ailleurs, en premier lieu, ce décret comme exemple¹¹²⁸. À son tour, Jacques CHIRAC, qui s'était engagé à abroger ce décret, s'abstint de le faire une fois installé à l'Élysée¹¹²⁹.

L'ambition présidentielle (celle de François MITTERRAND d'abord, celle de Jacques CHIRAC ensuite) n'a pas été déçue car il est volontiers admis que les nominations prononcées en Conseil des ministres relèvent au premier chef de la volonté présidentielle et, qu'en période de cohabitation, le président de la République conserve un véritable pouvoir de veto les concernant. Cette interprétation est, au reste, confortée par la jurisprudence administrative et particulièrement par la jurisprudence *Meyet-Collas*. Bernard CHENOT put ainsi écrire avec humour mais très justement qu'« une nouvelle catégorie d'actes juridiques naquit alors du moins officieusement : l'arrêté ministériel pris en Conseil des ministres¹¹³⁰ ».

¹¹²³ Par rapport à 1967, cela correspond à une augmentation de 190% du nombre d'entreprises, établissements ou sociétés visés et à une augmentation d'environ 117% du nombre d'emplois pourvus en Conseil des ministres sur le fondement de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°58-1136. Le dernier décompte opéré (avril 2015) témoigne d'une diminution par rapport à 1985 : quatre-vingt-onze emplois sont visés par le décret en 2015.

¹¹²⁴ M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...), op. cit.*, p. 194-195.

¹¹²⁵ Selon l'expression de Renaud DENOIX de SAINT MARC (voir en annexe 2, p. 583).

¹¹²⁶ Jean-Louis BIANCO nous le confirma sans aucune hésitation (voir en annexe 2, p. 666).

¹¹²⁷ Pour des exemples d'articles dans la presse de l'époque, voir P. JARREAU, « Un décret accroît le nombre des hauts fonctionnaires nommés par le chef de l'État », *Le Monde*, 8 août 1985.

¹¹²⁸ Tel est le titre de la section 1 du premier chapitre du titre 2 de la première partie de la thèse de l'auteur : J.-C. ZARKA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle/majorité parlementaire sous la Cinquième République (1986-1992), op. cit.*, p. 99-102. Outre le décret de 1985 qu'il évoque, l'auteur s'attache à étudier la nomination du président du Conseil constitutionnel et la loi électorale du 10 juillet 1985 comme les deux mécanismes topiques permettant au président de la République de se donner des moyens d'empêcher l'action d'une majorité hostile avec laquelle il devrait cohabiter.

¹¹²⁹ « Le nombre de postes à la discrétion du pouvoir n'a pas été réduit », *Le Monde*, 9 janvier 1997.

¹¹³⁰ B. CHENOT, « Le ministre, chef d'une administration », *Pouvoirs*, n°36, 1986, p. 83-84. L'auteur ajoute : « Les textes publiés au mois d'août 1985, en allongeant très sensiblement la liste des nominations qui doivent être faites en Conseil des ministres consacrent la réduction de l'autonomie de chaque ministre au profit de Matignon et de l'Élysée ». À notre sens, ils profitent surtout au second

2. Les effets de la jurisprudence *Meyet-Collas*

La jurisprudence *Meyet-Collas*¹¹³¹ du Conseil d'État emporte des conséquences tant sur l'habilitation présidentielle que sur l'exercice-même de la compétence (a). Ces conséquences, largement critiquées par les commentateurs méritent pourtant d'être reformulées (b).

a. Le sens de la jurisprudence *Meyet-Collas* : la « doctrine de l'institution »¹¹³²

197. L'arrêt *Meyet* du 10 septembre 1992¹¹³³ concerne un décret réglementaire du président de la République organisant les opérations de référendum relatives au traité de Maastricht. Le requérant contestait la légalité du décret par lequel le Président soumit le traité au référendum. Au titre des critiques touchant à la légalité externe de l'acte, le requérant estimait que le décret n'aurait pas dû être délibéré en Conseil des ministres dans la mesure où aucune disposition constitutionnelle ou législative ne prescrivait cette délibération. Partant, la signature dudit décret par le président de la République était selon lui surabondante et seul le Premier ministre était compétent pour le signer – et non le contresigner – en vertu de l'article 21 de la Constitution. Le requérant se prévalait de la jurisprudence *Syndicat autonome des enseignants de médecine* rendue sur conclusions conformes de Serge DAËL¹¹³⁴. En effet, dans cet arrêt de 1987, le Conseil d'État avait jugé que si un décret était délibéré en Conseil

¹¹³¹ Puisque la jurisprudence est l'expression du pouvoir normatif général du juge, il est permis de considérer que deux arrêts combinés peuvent former une jurisprudence, c'est-à-dire une règle générale que la doctrine peut révéler. Sur les rapports entre doctrine et jurisprudence, voir M. DEGUERGUE, « Jurisprudence » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 886-887. Sur les évolutions et la distinction du pouvoir jurisprudentiel et du pouvoir juridictionnel du juge administratif, voir M. LANNON, *Les Obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, thèse dact., Université Paris I, 2014, p. 263-442 et en particulier, p. 263-270.

¹¹³² Nous reprenons ici la typologie proposée par Xavier MAGNON qui, s'agissant du Conseil constitutionnel, distingue les doctrines internes au Conseil constitutionnel et la doctrine externe, à savoir la doctrine universitaire. Les doctrines internes se subdivisent en « doctrine du Conseil », « doctrine du juge » ou « doctrine première » – constituée des motivations des décisions – et « doctrines secondes » ou « doctrines de l'institution » définies par l'auteur comme des doctrines « protéiformes [constituées par les] communiqués de presse, dossiers documentaires, commentaires de l'institution, anciennement commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, tous publiés en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel sous chaque décision, résumés des décisions présentés dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, tables analytiques en ligne sur le site, commentaires ponctuels des membres du service juridique et du secrétaire général dans les revues juridiques spécialisées et contributions, commentaires et autres discours des membres du Conseil constitutionnel ou des services de celui-ci publiés dans des revues et des ouvrages ou encore disponibles en ligne sur le site du Conseil constitutionnel » (X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, 2013, n°38, p. 207. Souligné par l'auteur).

¹¹³³ CE Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, Rec. p. 327 (avec les concl. de D. KESSLER).

¹¹³⁴ CE, 16 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants de médecine*, Rec. p. 311 (avec les concl. de S. DAËL).

des ministres sans qu'aucune norme ne l'eût imposé, alors ledit décret devait être considéré comme un décret du Premier ministre nonobstant la signature surabondante du président de la République.

198. Cette solution fut pourtant abandonnée dans l'arrêt *Meyet* par la haute assemblée qui suivit les conclusions du commissaire du Gouvernement KESSLER. Pour ce dernier, un revirement de jurisprudence était nécessaire, tant l'arrêt *Syndicat autonome des enseignants de médecine* réduisait « à trop peu de choses la formalité essentielle qu'est le passage devant le Conseil des ministres¹¹³⁵ ». Il concluait que, si effectivement aucune norme ne prévoyait une délibération du Conseil des ministres, aucune non plus ne l'interdisait. Dès lors, puisque le décret attaqué avait été pris en Conseil des ministres, le Président était compétent pour le signer et le Premier ministre pour le contresigner. La haute Assemblée fit droit aux arguments du commissaire KESSLER et retint une conception « formelle et absolument tautologique¹¹³⁶ » du décret délibéré en Conseil des ministres : sont des décrets délibérés en Conseil des ministres les décrets délibérés en Conseil des ministres¹¹³⁷.

199. Une telle position n'est pas dépourvue d'effet sur les nominations délibérées en Conseil des ministres. Non seulement, elle a des conséquences sur les décrets délibérés en Conseil des ministres qui ont pour objet d'habiliter le président de la République à nommer¹¹³⁸. Mais elle a aussi des conséquences sur les décrets délibérés en Conseil des ministres qui ont pour objet de procéder à des nominations¹¹³⁹. Comme le signalait le Conseil d'État dans le communiqué de presse relatif à la décision *Meyet*, « lorsqu'il signe un décret en Conseil des ministres, le président de la République en devient juridiquement l'auteur et le décret ne peut plus être

¹¹³⁵ D. KESSLER, concl. sur CE Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, *Rec.* p. 335 ou *RDP*, 1992, p. 1807.

¹¹³⁶ Le caractère tautologique de cette définition des décrets délibérés en Conseil des ministres est revendiqué par le commissaire du Gouvernement lui-même (*Rec.* p. 335). Les commentateurs n'ont pas manqué, pour leur part, de la critiquer : O. GOHIN, « La signature par le président de la république des décrets pris en Conseil des ministres » (note), *D.*, 1993, p. 293 et s. ; A.-M. LE POURHIET (note), *RDP*, 1992, p. 1822 et s. ; P. CÉLÉRIER (note), *LPA*, 21 octobre 1992, p. 11 et s. ; M.-T. VIEL, « Régime des décrets librement délibérés en Conseil des ministres », *AJDA*, 1994, p. 904 et s. *Contra* J. MASSOT, « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 363-371.

¹¹³⁷ « Que les décrets attaqués ont été délibérés en Conseil des ministres ; que, par suite, et alors même qu'aucun texte ne prescrivait cette délibération, ils devaient être signés, comme ils l'ont été, par le président de la République » : CE Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, préc.

¹¹³⁸ Voir *contra* les entretiens avec Renaud DENOIX DE SAINT MARC (p. 586 et s.) et Marceau LONG (p. 620 et s.) dans lesquels ces deux anciens Vice-présidents du Conseil d'État affirment qu'à leur point de vue la jurisprudence *Meyet* ne peut avoir de conséquences sur les nominations présidentielles.

¹¹³⁹ Dans le même sens, voir Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 728 et E. BREEN et C. BOLLA, « Régime juridique de l'entreprise publique », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 1138-10, 2014, §78.

modifié que par lui ». Telle est la doctrine de l'institution. Il en résulte que le Premier ministre est incompétent pour modifier un décret délibéré en Conseil des ministres¹¹⁴⁰. Cette conclusion fut confirmée mais partiellement atténuée dans ses effets par l'arrêt *Ministre de la Défense c./ Collas*¹¹⁴¹. Dans cette seconde affaire le Conseil d'État jugea légal un décret primo-ministériel modifiant un décret en Conseil des ministres au motif que ce dernier prévoyait lui-même sa modification par décret simple¹¹⁴².

Ces deux arrêts, et la jurisprudence qui en ressort, n'ont pas manqué de susciter la critique.

b. Les critiques adressées à la jurisprudence Meyet-Collas : une reformulation du problème

200. L'arrêt *Meyet* fut accueilli par une partie de la doctrine comme une jurisprudence permettant au président de la République de disposer de sa propre compétence. L'arrêt *Ministre de la Défense c./ Collas* qui le suivit ne tarit pas ces critiques. Quoique ce ne soit jamais sur le terrain des décrets individuels que la doctrine s'inquiéta de cette jurisprudence, il convient de montrer, en redéployant les arguments des commentateurs, que cette jurisprudence *Meyet-Collas* n'est pas sans conséquence sur la compétence présidentielle de nomination.

201. La principale critique adressée à la jurisprudence *Meyet* est qu'elle permet de déroger au principe de l'indisponibilité des compétences ou, plus exactement, à l'indisponibilité des normes d'habilitation¹¹⁴³. Puisqu'il ressort de la jurisprudence *Meyet-Collas* que le président de la République *décide* librement quels seront les décrets délibérés en Conseil des ministres, il en résulte que l'extension des nominations pourvues en Conseil des ministres relève de la décision du président de la République. Puisque le président de la République préside le

¹¹⁴⁰ Cette conséquence de la jurisprudence *Meyet* fut effectivement appliquée dans les arrêts CE, 23 mars 1994, *Comité d'entreprise de la Régie nationale des usines Renault*, *Rec.* p. 152 et CE, 27 avril 1994, *Époux Allamigeon et époux Pageaux*, *Rec.* p. 191.

¹¹⁴¹ CE, 9 septembre 1996, *Ministre de la Défense c./ Collas*, *Rec.* p. 347.

¹¹⁴² Le Secrétariat général du Gouvernement parle, depuis lors, de disposition de « démeyetisation ». En ce sens, voir l'entretien avec Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU, p. 625 et s.

¹¹⁴³ Sur ce sujet et pour une reformulation du principe d'indisponibilité des compétences et la démonstration de l'existence d'un certain nombre d'exceptions, voir Ph. AZOUAOU, *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, *op. cit.*, en particulier p. 585 et s.

Conseil des ministres¹¹⁴⁴ et qu'il s'est arrogé le pouvoir d'en maîtriser l'ordre du jour¹¹⁴⁵, il lui suffirait d'inscrire un projet de décret étendant le nombre des nominations délibérées en Conseil des ministres pour qu'elles relèvent de sa propre compétence. Certes, la jurisprudence *Collas* permet qu'un décret en Conseil des ministres prévoie sa propre modification par décret simple, mais ce n'est alors qu'une confirmation de la prééminence présidentielle. Car, dans cette hypothèse encore, le chef de l'État maîtrise son habilitation et celle du Premier ministre.

202. Sur ce point, l'acérbe critique d'Olivier GOHIN mérite d'être relue :

Acte est donc pris que l'extension indéfinie, illimitée et définitive du pouvoir réglementaire général du président de la République par lui-même, au titre de ce qu'il faut bien regarder comme une auto-définition par une autorité administrative de sa propre compétence, n'est pas irréversible et que, circonstance aggravante, il appartient au président de la République de se défaire, autant qu'il le peut et aussi souvent qu'il le veut, du pouvoir dont il s'est tout simplement emparé. [...] Comment qualifier, à la vérité, le régime qui permet au président de la République d'aspirer ou d'expirer, à son propre rythme, la compétence du Premier ministre en définissant non seulement sa propre compétence, mais encore la compétence de ce dernier¹¹⁴⁶ ?

Comme l'indique le professeur, prenant acte de la réalité des rapports de pouvoir qui modèlent l'exécutif, la jurisprudence *Meyet-Collas* permet effectivement au président de la République de s'« auto-habiller ». Que le juge ait entendu privilégier le président de la République dans son rapport au Premier ministre ne fait aucun doute. Cela ressort au moins des conclusions du commissaire KESSLER. Pourtant, les normes constitutionnelles relatives aux nominations par le président de la République, au premier rang desquelles figure l'article 13, ne permettraient nullement de déroger à l'indisponibilité des compétences au bon vouloir et au bénéfice de l'intéressé.

¹¹⁴⁴ Art. 9 de la Constitution. Sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil des ministres, cf. S. RIALS, *La Présidence de la République*, op. cit., p. 113-114 et M.-A. COHENDET, *Le Président de la République*, op. cit., p. 99 et s.

¹¹⁴⁵ Voir par exemple, l'importance pratique de l'ordre du jour telle qu'en rend compte Renaud DENOIX DE SAINT MARC en annexe 2 de la présente thèse, p. 583. Pourtant, même s'il s'agit, là encore, d'une pratique installée ceci n'a rien d'évident. En 1959, commentant le nouveau texte constitutionnel, le professeur GEORGEL affirmait : « Le Premier Ministre est maître de l'ordre du jour des délibérations en Conseil des ministres. Il peut, de cette façon, retirer à tout instant de la discussion un texte dont les termes lui déplaisent, et "l'enterrer" au besoin » (J. GEORGEL, « Tableau de la Cinquième République selon la Constitution du 5 octobre 1958 », art. cité, p. 484-485).

¹¹⁴⁶ O. GOHIN, « L'évolution de la jurisprudence Meyet de 1992 sur le pouvoir réglementaire du président de la République », art. cité, p. 130.

203. Mais il est possible de présenter sous un autre jour les conséquences de la jurisprudence *Meyet-Collas*. Car, prenant au sérieux le caractère formel de la compétence présidentielle lorsque celle-ci est contresignée, il faut bien admettre que le Premier ministre demeure juridiquement compétent pour s'opposer au processus consistant à augmenter le nombre de décrets délibérés en Conseil des ministres. Le Premier ministre est juridiquement habilité à refuser d'apposer son contreseing. Qu'il ne le fasse pas illustre l'idée selon laquelle, sous la Cinquième République, « les principaux processus constitutionnels officiels de décisions [...] se déroulent, apparemment, comme dans les autres démocraties parlementaires occidentales, mais ils sont en réalité initiés par le chef de l'État et convergent politiquement vers lui¹¹⁴⁷ ».

Dès lors, soit il faut prendre acte de la présidentialisation du système politique de la Cinquième République considérant que le fait s'est mué en droit et se donne comme valide. Dans ce cas, la critique d'Olivier GOHIN à l'encontre de la jurisprudence *Meyet-Collas* est aussi alarmante que fondée. Si le président de la République décide du champ d'application de sa compétence et s'il décide effectivement des nominations prononcées, alors « il se donne en quelque sorte les moyens de contrôler par “procuration” l'Administration qui est constitutionnellement subordonnée au Gouvernement¹¹⁴⁸ »¹¹⁴⁹. Soit il faut fournir une explication de cette jurisprudence en prenant pleinement acte des normes positives en vigueur et, dans ce cas, il faut admettre que le Premier ministre est maître de sa propre compétence et de ce qu'il accepte de soumettre au seing – et non à la décision – du président de la République en Conseil des ministres. Puisque telles sont bien les deux appréhensions possibles de cette jurisprudence, cela a pour conséquence de permettre soit au président de la République soit au Premier ministre de déterminer le champ de leur propre habilitation. Dans les deux hypothèses, la compétence bénéficiant au Parlement est méconnue. La critique pourrait encore aller plus loin en considérant que l'indisponibilité des normes d'habilitation est également atteinte puisque c'est le législateur organique lui-même qui a ainsi concédé une part du champ d'application¹¹⁵⁰ de son habilitation au pouvoir réglementaire. Mais, dans la

¹¹⁴⁷ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) », art. cité, p. 3 (du PDF disponible en ligne).

¹¹⁴⁸ P. JAN, « La réelle mais fragile prééminence présidentielle sous la V^e République », art. cité, p. 7.

¹¹⁴⁹ Les témoignages recueillis auprès des personnes que nous avons interrogées montrent que le président de la République n'hésite pas à user d'un pouvoir d'évocation, particulièrement dans ses domaines d'expertise. Voir le témoignage fourni par Frédéric SALAT-BAROUX, p. 594 et s. de la présente thèse. Voir aussi l'entretien avec Marceau LONG s'agissant du Président GISCARD D'ESTAING, *infra* p. 615 et s.

¹¹⁵⁰ Il est aussi possible de penser que l'incompétence négative est un vice affectant l'élément « acteur » de la norme d'habilitation. En ce sens, cf. Ph. AZOUAOU, *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, *op. cit.*, en particulier p. 543 et s. et G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 436 et s. Sur les éléments

mesure où cette loi organique prit la forme d'une ordonnance de l'article 92, le grief est surtout imputable aux auteurs de cette ordonnance, c'est-à-dire au Gouvernement DE GAULLE¹¹⁵¹.

Telles sont les premières conclusions qui permettent de démontrer comment, par la maîtrise des normes de concrétisation, le président de la République peut étendre à loisir le champ d'application de son habilitation en matière de nomination et, avec elle le pouvoir de désignation capté. Il persévère ainsi dans son pouvoir et là s'exprime le *conatus* à l'œuvre s'agissant des nominations¹¹⁵². Mais le Premier ministre comme le législateur organique seraient eux-aussi artisans de cette incontrôlable ductilité. Le même phénomène s'observe s'agissant des habilitations à nommer par décret simple.

§2. Les nominations par décret simple : entre habilitation et auto-habilitation

204. L'article 1^{er} de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 traitait la question des nominations pourvues par décrets en Conseil des ministres. L'article 2 règle celle relative aux décrets présidentiels « simples ».

Sous réserve des griefs tirés d'une éventuelle inconstitutionnalité de ces dispositions¹¹⁵³, il convient de souligner que le législateur organique établit une liste d'emplois pourvus par décret non délibéré en Conseil des ministres (A), ce qui pose la question de savoir si cet article épuise la compétence de nomination par décret simple (B).

composant les normes d'habilitation selon le professeur TUSSEAU, voir les éléments présentés en introduction p. 41 et s.

¹¹⁵¹ Ceci est étudié dans le chapitre suivant.

¹¹⁵² « Le pouvoir est animé par une sorte de *conatus*, pour parler comme Spinoza, [...] d'une tendance à persévérer dans l'être », affirma Pierre BOURDIEU (*Sur l'État. (...)*, *op. cit.*, p. 419 (Cours du 24 octobre 1991).

¹¹⁵³ Voir *supra*, p. 208 *sq.* et p. 234 *sq.*

A. L'écume des nominations : des décrets présidentiels simples autorisés par le législateur organique

205. Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance n°58-1136 : « Sont nommés par décret du président de la République :

Les membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes ;

Les magistrats de l'ordre judiciaire ;

Les professeurs de l'enseignement supérieur, les officiers des armées de terre, de mer et de l'air.

Sont, en outre, nommés par décret du président de la République, à leur entrée dans leurs corps respectifs, les membres des corps dont le recrutement est normalement assuré par l'école nationale d'administration, les membres du corps préfectoral, les ingénieurs des corps techniques dont le recrutement est en partie assuré conformément au tableau de classement de sortie de l'école polytechnique ».

Cet article prévoit deux grandes situations elles-mêmes subdivisées en plusieurs branches. Dans la mesure où, pour certains emplois, il est indiqué que le président de la République ne nomme qu'à l'entrée dans le corps, il faut conclure que l'article 2 de l'ordonnance distingue les emplois pour lesquels le président de la République intervient à chaque évolution de grade – c'est-à-dire de la première nomination à chaque avancement (1) – des emplois pour lesquels il ne procède qu'à la primo-nomination (2).

1. Des nominations par décret présidentiel simple jalonnant l'ensemble d'une carrière

206. Les membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes, les magistrats de l'ordre judiciaire, les professeurs de l'enseignement supérieur, les officiers des armées de terre, de mer et de l'air sont nommés par décret présidentiel simple. Comme cela a pu être indiqué s'agissant des nominations délibérées en Conseil des ministres, le périmètre exact de l'habilitation ainsi concédée au président de la République est partiellement déterminé par l'étude des statuts des différents corps concernés.

S'agissant des membres du Conseil d'État, le champ exact de l'application de l'article 2 de l'ordonnance organique est déterminé par la loi. Puisqu'au regard du statut du corps, il convient de distinguer les « conseillers d'État », au sens de l'article 13 d'une part, et les « membres du Conseil d'État », au sens de l'article 2 alinéa 1 de l'ordonnance 58-1136, d'autre part, seuls ces derniers – maîtres des requêtes et auditeurs – sont nommés par décret présidentiel simple¹¹⁵⁴. Pareillement, parmi les « membres de la Cour des comptes », seuls les conseillers référendaires et les auditeurs¹¹⁵⁵ sont nommés par décret non délibéré en Conseil des ministres. De même encore, ne sont considérés comme « professeurs de l'enseignement supérieur¹¹⁵⁶ » au sens de cet article qu'une partie des membres de l'enseignement supérieur exerçant des fonctions d'enseignement¹¹⁵⁷. Les discussions qui se nouèrent sur cette question lors de l'examen du texte par le Conseil d'État en 1958 indiquent clairement que les rédacteurs n'entendirent habiliter le président de la République à nommer par décret simple que les professeurs statutaires de l'enseignement supérieur¹¹⁵⁸. Néanmoins, des dispositions éparses permettent de nommer, par décret simple, des professeurs non titulaires¹¹⁵⁹. Quant aux magistrats de l'ordre judiciaire, l'article 1^{er} de l'ordonnance organique prévoit la nomination en Conseil des ministres des procureurs généraux près la Cour de cassation et près une cour d'appel, qui sont évidemment des magistrats de l'ordre judiciaire. Il faut donc, sauf à souffrir

¹¹⁵⁴ Voir art. L. 133-4 à L. 133-6 du CJA.

¹¹⁵⁵ Ceci résulte de l'article L. 112-1 du CJF. Voir également les débats sur ces questions lors de la réunion de l'Assemblée générale du Conseil d'État chargée d'émettre un avis sur le projet d'ordonnance présenté par le Gouvernement (COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 738).

¹¹⁵⁶ La mention des professeurs de l'enseignement supérieur ne figurait pas dans la première version de l'ordonnance organique parue au *JORF* du 29 novembre 1958 ; il s'agissait d'une erreur qui a été corrigée dix jours plus tard par un rectificatif paru au *JORF* du 9 décembre 1958.

¹¹⁵⁷ L'article L. 951-1 du Code de l'éducation dans sa version en vigueur énonce : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 951-2, le personnel enseignant comprend des enseignants-chercheurs appartenant à l'enseignement supérieur, d'autres enseignants ayant également la qualité de fonctionnaires, des enseignants associés ou invités et des chargés d'enseignement ». Il reprend *in extenso* l'énoncé de l'article 54 de la loi n°84-52 du 26 janvier 1984 *sur l'enseignement supérieur* (dite loi SAVARY).

¹¹⁵⁸ En ce sens, voir COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 738.

¹¹⁵⁹ La réglementation relative aux professeurs associés et ses évolutions illustrent pleinement les tâtonnements normatifs qu'occasionne la question des nominations. Le décret n°69-543 du 6 juin 1969 *relatif au recrutement de personnels associés dans les établissements d'enseignement supérieur relevant de l'éducation nationale* distinguait les nominations de professeurs associés par décret et les nominations par arrêté du ministre en charge de l'éducation nationale en fonction de la durée de l'association. Dans sa version de 1978, le décret *relatif au recrutement de personnels associés ou invités dans les établissements d'enseignement supérieur et de recherche relevant du ministère des universités* (décret n°78-284 du 8 mars 1978) confiait la compétence de nomination au seul ministre chargé des universités. Dans sa version en vigueur, le décret n°85-733 du 17 juillet 1985 *relatif aux maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités* (version consolidée par le décret n°2012-96 du 26 janvier 2012 *relatif à la déconcentration de certaines mesures de nomination*) prévoit que les professeurs associés sont nommés « par décret du président de la République » tandis que les maîtres de conférence associés sont nommés par arrêté du président de l'établissement (art. 2).

la contradiction, comprendre comme exclusive des nominations énoncées à l'article 1^{er} la mention selon laquelle sont nommés par décret simple les magistrats de l'ordre judiciaire. Tous les magistrats sont donc nommés par décret simple à l'exception des procureurs généraux près les cours d'appel et près la Cour de cassation. Il en va de même s'agissant des « officiers des armées de terre, de mer et de l'air ». Comme l'étude du Code de la défense l'a montré, les généraux – nommés en Conseil des ministres – sont des officiers. La mention des « officiers » à l'article 2 de l'ordonnance organique doit, elle aussi, être entendue comme exclusive : à l'exception des généraux, les officiers des trois armées sont nommés par décret simple¹¹⁶⁰.

Pour les autres emplois qu'énumère l'article 2 alinéa 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958, il est indiqué que le Président ne nomme qu'« à leur entrée dans leurs corps respectifs ». Ceci paraît exclure en particulier la compétence pour prononcer les mutations et les avancements de grades.

2. Des nominations par décret simple limitées à l'entrée dans la carrière

Les emplois concernés ne sont pas directement cités. Ces primo-nominations ne concernent que « les membres des corps dont le recrutement est normalement assuré par l'école nationale d'administration, les membres du corps préfectoral, les ingénieurs des corps techniques dont le recrutement est en partie assuré conformément au tableau de classement de sortie de l'école polytechnique ». Là encore, la rédaction de l'ordonnance est parfois discutable. Elle est tantôt redondante (a), tantôt en contradiction avec d'autres dispositions (b).

a. Une certaine redondance : la nomination des membres des corps dont le recrutement est assuré par l'ENA et l'école polytechnique

207. Le caractère redondant de l'article 2 alinéa 4 de l'ordonnance est remarquable s'agissant de la nomination des « ingénieurs des corps techniques dont le recrutement est en partie assuré conformément au tableau de classement de sortie de l'école polytechnique » et de la

¹¹⁶⁰ Compte tenu des dispositions de l'article L. 4131-1 du Code de la défense, la mesure concerne les six premiers grades d'officiers (voir *supra*, p. 230)

nomination des « membres des corps dont le recrutement est normalement assuré par l'école nationale d'administration ».

208. Quant aux premiers, les statuts de l'École polytechnique n'énoncent pas les emplois auxquels pourront se destiner les élèves¹¹⁶¹. Seul l'examen des statuts des différents corps de fonctionnaires permet de déterminer quels sont « les corps techniques dont le recrutement est en partie assuré conformément au tableau de classement de sortie de l'école polytechnique ». Il en ressort que des corps techniques militaires et civils sont indifféremment concernés.

Parmi les corps techniques civils, les trois plus fameux sont sans doute le corps des ingénieurs des mines¹¹⁶², les corps des ingénieurs des ponts, des eaux et forêts¹¹⁶³ et le corps des administrateurs de l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)¹¹⁶⁴. Parmi les corps militaires, les officiers du corps technique et administratif de la gendarmerie nationale¹¹⁶⁵, ou encore les membres du corps des commissaires des armées¹¹⁶⁶, du corps des officiers de marine et des officiers spécialisés de la marine¹¹⁶⁷, du corps des officiers des armes de l'armée de terre¹¹⁶⁸ sont nommés par décret présidentiel. Le caractère partiellement redondant de l'article 2 alinéa 4 de l'ordonnance étudiée est remarquable s'agissant de la nomination des membres des corps techniques militaires : en effet, les officiers des trois armées étaient déjà visés par l'article 2 alinéa 3 de l'ordonnance.

209. Ce grief est plus massif s'agissant des membres des corps recrutés par la voie de l'ENA, en vertu de l'article 2 alinéa 4 de l'ordonnance.

« Il est créé une École nationale d'administration chargée de la formation des fonctionnaires qui se destinent au Conseil d'État, à la Cour des comptes, aux carrières diplomatiques ou

¹¹⁶¹ Loi n°70-631 du 15 juillet 1970 *relative à l'École polytechnique*, modifiée par la loi n°94-577 du 12 juillet 1994 *tendant à préciser les missions actuelles de l'École polytechnique* ; décret n°96-1124 du 20 décembre 1996 *relatif à l'organisation et au régime administratif et financier de l'École polytechnique*.

¹¹⁶² Art. 4 et 5 du décret n°2009-63 du 16 janvier 2009 *portant statut particulier du corps des ingénieurs des mines*.

¹¹⁶³ Art. 5 du décret n°2009-1106 du 10 septembre 2009 *portant statut particulier du corps des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts*.

¹¹⁶⁴ Art. 6 et 7 du décret n°67-328 du 31 mars 1967 *fixant le statut particulier des administrateurs de l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)*.

¹¹⁶⁵ Art. 4 du décret n°2012-1456 du 24 décembre 2012 *portant statut particulier des officiers du corps technique et administratif de la gendarmerie nationale*.

¹¹⁶⁶ Art. 5 du décret n°2012-1029 du 5 septembre 2012 *portant statut particulier du corps des commissaires des armées*.

¹¹⁶⁷ Art. 3 du décret n°2008-938 du 12 septembre 2008 *portant statut particulier des corps des officiers de marine et des officiers spécialisés de la marine*.

¹¹⁶⁸ Art. 3 du décret n°2008-940 du 12 septembre 2008 *portant statut particulier du corps des officiers des armes de l'armée de terre*.

prélectorales, à l'inspection générale des finances, au corps des administrateurs civils ainsi qu'à certains autres corps ou services déterminés par décret pris après avis du Conseil d'État et contresigné du ministre intéressé et du ministre de l'économie et des finances.

Les femmes ont accès à l'École nationale d'administration, sous réserve des règles spéciales d'admission à certains emplois ».

C'est en ces termes que naquit l'ENA, par l'adoption de l'ordonnance n°45-2283 du 9 octobre 1945 *relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile*¹¹⁶⁹.

L'article 2 alinéa 4 de l'ordonnance est partiellement itératif dans la mesure où certaines personnes recrutées à la sortie de l'ENA intègrent des corps déjà visés par les articles 1^{er} et 2 alinéa 1 de l'ordonnance. Cela se comprendra aisément par un exemple. Le Conseil d'État est composé de « conseillers d'État » (au sens de l'article 13) qui sont nommés en Conseil des ministres (Vice-président, présidents de section, conseillers d'État en service ordinaire et extraordinaire) et de « membres » (au sens de l'article 2 alinéa 1) nommés par décret simple (maîtres des requêtes, maîtres des requêtes en service extraordinaire, auditeurs de 1^e et 2^e classes). S'agissant de la nomination des membres du Conseil d'État, l'article 2 alinéa 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958 (selon lequel les membres des corps dont le recrutement est normalement assuré par cette école sont nommés par décret simple à leur entrée dans le corps) combiné à l'article 5 de l'ordonnance du 9 octobre 1945 (qui prévoit que les fonctionnaires qui se destinent au Conseil d'État sont formés par l'ENA) n'ajoute donc rien à l'article 2 alinéa 1 de l'ordonnance de novembre 1958 et à l'article 13 de la Constitution.

Il faut donc comprendre le quatrième alinéa de l'article 2 en ces termes : sont nommés par décret du président de la République, à leur entrée dans leurs corps respectifs, les membres des corps dont le recrutement est normalement assuré par l'ENA et dont ni l'article 13 de la Constitution ni les articles 1^{er} et 2 alinéa 1 de l'ordonnance n'établissent déjà la nomination par décret en Conseil des ministres ou par décret simple. Finalement, compte tenu des corps cités dans l'ordonnance créant l'ENA, cette disposition ne concerne que les conseillers des

¹¹⁶⁹ Sur l'Histoire de la création de l'ENA par le GPRF, voir J.-F. KESLER, « La création de l'ENA », *Rev. adm.*, n°178, 1977, p. 433-443. Voir également D. CHAGNOLLAUD, *Le Premier des ordres (...), op. cit.*, p. 124-186. À travers une étude historique de 1794 à nos jours, l'auteur confronte différents modèles historiques d'écoles d'administration en particulier Polytechnique, ENA et École des sciences politiques.

affaires étrangères (cadre général ou d'orient)¹¹⁷⁰, les sous-préfets¹¹⁷¹, les membres de l'inspection générale des finances¹¹⁷² ainsi que les administrateurs civils¹¹⁷³.

En outre, eu égard aux termes de l'ordonnance de 1945 instituant l'ENA, les membres de « certains autres corps ou services déterminés par décret pris après avis du Conseil d'État et contresigné du ministre intéressé et du ministre de l'économie et des finances » devraient également être nommés par décret présidentiel simple. Il s'agit des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel¹¹⁷⁴, les conseillers du corps des magistrats des Chambres régionales des comptes¹¹⁷⁵, les inspecteurs de 2^e classe des corps de l'inspection générale de l'administration¹¹⁷⁶ et des affaires sociales¹¹⁷⁷. Les administrateurs de la ville de Paris, normalement recrutés par la voie de l'ENA devraient également être nommés par décret présidentiel.

b. Une possible contradiction : le cas litigieux de la nomination des administrateurs de la ville de Paris

210. À leur sujet, deux ensembles de dispositions paraissent contradictoires. D'une part, le décret de 1977 organisant le statut des « administrateurs de la commune de Paris » prévoyait que les membres de ce corps seraient recrutés parmi les anciens élèves de l'ENA¹¹⁷⁸. Ceci fut régulièrement confirmé y compris par le décret du 8 octobre 2007 *portant statut particulier du corps des administrateurs de la ville de Paris*¹¹⁷⁹. Puisqu'en vertu de l'ordonnance du 28 novembre 1958, les membres des corps normalement recrutés par l'ENA sont nommés par le

¹¹⁷⁰ Art. 10 du décret n°69-222 du 6 mars 1969 *relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires*.

¹¹⁷¹ Encore que pour ces derniers, le décret organisant le statut énonce, non sans redondance, que « les sous-préfets sont recrutés parmi les administrateurs civils et les membres des autres corps auxquels destine l'École nationale d'administration » (art. 5 du décret n°64-260 du 14 mars 1964 *portant statut des sous-préfets*).

¹¹⁷² Art. 6 du décret n°73-276 du 14 mars 1973 *relatif au statut particulier du corps de l'inspection générale des finances*.

¹¹⁷³ Art. 5 du décret n°99-945 du 16 novembre 1999 *portant statut particulier du corps des administrateurs civils*.

¹¹⁷⁴ Art. L. 233-1 et L. 233-2 du CJA.

¹¹⁷⁵ Art. L. 221-3 du CJF.

¹¹⁷⁶ Art. 7 du décret n°81-241 du 12 mars 1981 *portant statut de l'inspection générale de l'administration au ministère de l'intérieur*.

¹¹⁷⁷ Art. 6 du décret n°2011-931 du 1^{er} août 2011 *portant statut particulier du corps de l'inspection générale des affaires sociales*.

¹¹⁷⁸ Art. 3 du décret n°77-188 du 1^{er} mars 1977 *relatif au statut particulier des administrateurs de la ville de Paris (anciennement administrateurs de la commune de Paris)* dans sa version modifiée résultant du décret n°88-434 du 25 avril 1988.

¹¹⁷⁹ Décret n°2007-1444.

président de la République, les administrateurs de la ville de Paris devraient être nommés par décret présidentiel simple. D'autre part, un décret de 1994¹¹⁸⁰ rend applicable aux personnels de la ville de Paris la loi du 26 janvier 1984 *relative à la fonction publique territoriale*. Or, l'article 4 de cette loi de 1984 dispose que la nomination des fonctionnaires territoriaux ressortit à la compétence de l'autorité territoriale¹¹⁸¹. Les administrateurs de la ville de Paris sont donc des fonctionnaires territoriaux qui, en vertu de la loi de 1984, devraient être nommés par le maire de Paris¹¹⁸². Il y a donc un conflit de compétence quant à l'identification de l'autorité de nomination des administrateurs.

211. Dans l'affaire *Nentien*, le Conseil d'État fut confronté à cette difficulté¹¹⁸³. Il s'agissait d'un litige opposant un administrateur parisien à la ville de Paris. En vertu de l'article R. 311-1§3 du CJA, « le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort [...] des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3e alinéa) de la Constitution et des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État ». Pour faire application de cet article, la haute Assemblée devait résoudre la question de savoir si les administrateurs de la ville de Paris doivent être recrutés par décret présidentiel en vertu de l'article 2 de l'ordonnance de 1958. Le Conseil d'État répondit par la négative. Suivant les conclusions du commissaire du Gouvernement AUSTRY, la haute juridiction considéra que les dispositions statutaires du corps des administrateurs « n'ont pas eu pour objet et n'auraient pas pu avoir légalement pour effet de subordonner la nomination de ces fonctionnaires territoriaux à l'intervention d'un décret du président de la République ». Le Conseil d'État déclina donc sa compétence pour connaître en premier ressort des litiges relatifs à la situation individuelle des administrateurs parisiens. De fait, seul le statut établit le recrutement des administrateurs de la ville de Paris par la voie de l'ENA ; ce recrutement ne résulte ni de l'ordonnance étudiée ni de l'ordonnance créant la haute École. Surtout, si de prime abord l'analyse littérale des textes inclinait à retenir la compétence présidentielle¹¹⁸⁴, la Constitution

¹¹⁸⁰ Décret n°94-415 du 24 mai 1994 *portant dispositions statutaires relatives aux personnels des administrations parisiennes*.

¹¹⁸¹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*.

¹¹⁸² Au reste, mais l'argument n'est pas juridiquement déterminant, il se trouve que, dans les faits, les administrateurs de la ville de Paris sont nommés par le maire.

¹¹⁸³ CE, 26 février 2001, *M. Nentien, RFDA*, 2001, p. 532, rendu sur concl. conformes de M. AUSTRY (conclusions inédites).

¹¹⁸⁴ Le commissaire du Gouvernement AUSTRY l'affirme dans ses conclusions préc.

ne confère pas au président de la République compétence pour nommer aux emplois de fonctionnaires des collectivités locales fussent-ils recrutés au sortir de l'ENA. De l'arrêt *Nentien* il ressort donc que tous les membres des corps formés par l'ENA n'ont pas vocation, comme l'avait imaginé Michel DEBRÉ, à constituer « l'état-major de l'État¹¹⁸⁵ ».

Compte tenu de l'énumération à laquelle procède l'article 2 de l'ordonnance n°58-1136 pour les nominations par décret simple, il est loisible de penser que la liste ainsi établie est exhaustive¹¹⁸⁶. Il n'en est rien.

B. Le flot des nominations : des décrets présidentiels simples partiellement laissés à la volonté présidentielle

212. L'article 3 de l'ordonnance de novembre 1958 dispose que « l'exercice du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État autres que ceux prévus à l'article 13 (par. 3) de la Constitution et aux articles 1^{er} et 2 ci-dessus peut être délégué au Premier ministre par décret du Président de la République en vertu des articles 13 (par. 4) et 21 (par. 1^{er}) de la Constitution ». L'article 4 prévoit quant à lui que « les dispositions de l'article 3 de la présente ordonnance ne font pas obstacle aux dispositions particulières, législatives ou réglementaires, en vertu desquelles le pouvoir de nomination est confié, notamment par mesure de simplification ou de déconcentration administratives, aux ministres ou aux autorités subordonnées ».

Ces dispositions invitent à examiner les hypothèses de délégation au Premier ministre et la question des compétences de nomination bénéficiant à d'autres autorités en vertu de mesures de déconcentration ou de simplification. L'ordonnance dépouille de toute compétence de nomination le Premier ministre dont la compétence de principe en la matière s'autorisait pourtant de bons arguments (1). En revanche, elle semble ouvrir un champ d'habilitation très vaste aux « ministres » et aux « autorités subordonnées » (2).

¹¹⁸⁵ M. DEBRÉ, conférence de presse au ministère de l'intérieur, le 20 septembre 1945 (AN, F60 280), cité in D. CHAGNOLLAUD, *in Le Premier des ordres (...), op. cit.*, p. 149.

¹¹⁸⁶ Dans le même sens, voir Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 727.

1. La compétence de nomination résiduelle du Premier ministre

213. Les dispositions de l'article 3 de l'ordonnance impliquent que tous les actes de nomination pour les emplois, fonctions, dignités ou titres précédemment étudiés sont nécessairement signés par le président de la République¹¹⁸⁷. Il ne peut déléguer l'exercice de cette compétence, ce qui paraît confirmer son obligatorité. De cet article, il ressort ainsi que ni l'article 13 ni l'ordonnance organique n'épuisent la compétence de nomination du président de la République.

Quoique la lecture littérale de l'article 13 incline à penser que la compétence présidentielle est une compétence limitée au Conseil des ministres¹¹⁸⁸, l'ordonnance organique en fait manifestement une compétence plus vaste. Partant, quant à l'habilitation d'une part, et quant à l'exercice de la compétence d'autre part, deux interprétations se font face : l'une favorable à la décision primo-ministérielle, l'autre favorable à la décision présidentielle. S'agissant de l'habilitation, soit, compte tenu du caractère formel de la compétence présidentielle, le président de la République ne délègue la compétence de nomination au Premier ministre que sur décision du Premier ministre ; soit le caractère formel est nié et, dans ce cas, la compétence du Premier ministre est laissée à l'appréciation du président de la République. De même, quant à l'exercice de la compétence de nomination, l'existence de la liste des emplois insusceptibles d'être délégués au Premier ministre doit s'analyser comme garantissant le surcroît de valeur que le seing présidentiel confère aux nominations visées ; le Premier ministre n'est pour autant pas dépossédé de la faculté de choix que lui confère le contreseing. Admettre le contraire, revient à considérer que le président de la République décide des nominations pour tous les « emplois non déléguables ». Qu'il s'agisse de l'habilitation ou de

¹¹⁸⁷ Cet article énonce : « Ne peuvent être délégués au Premier ministre, la nomination des conseillers d'État, du grand chancelier de la Légion d'honneur, des ambassadeurs et envoyés extraordinaires, des conseillers maîtres à la Cour des comptes, des préfets et représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, des officiers généraux, des recteurs des académies, des directeurs des administrations centrales, des membres du Conseil d'État, des membres de la Cour des comptes, des magistrats de l'ordre judiciaire, des professeurs de l'enseignement supérieur, des officiers des armées de terre, de mer et de l'air, des membres des corps formés à l'ENA, des membres du corps préfectoral et des membres des corps techniques formés à l'école polytechnique ».

¹¹⁸⁸ Pour la discussion de cette thèse, voir *supra* p. 200 et s.

son exercice, tel qu'il est énoncé, l'article 3 de l'ordonnance paraît faire droit à la seconde interprétation¹¹⁸⁹.

214. Dans son projet d'ordonnance de 1958, le Gouvernement retint la formule selon laquelle « l'exercice du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État peut être délégué au Premier ministre par décret du Président de la République¹¹⁹⁰ ». Saisie par la suite, la commission spéciale du Conseil d'État créée pour l'examen des projets de lois organiques de l'article 92 proposa d'écrire : « l'exercice du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État, autres que ceux prévus à l'article 13, alinéa 3 de la Constitution et aux articles 1^{er} et 2 ci-dessus, est réputé délégué au Premier ministre¹¹⁹¹ ». Le Conseil d'État estima « préférable de considérer que le Premier ministre recevait immédiatement délégation du président de la République pour nommer en son nom les fonctionnaires n'entrant pas dans la liste de ceux nommés par celui-ci ». Mais il ajouta qu'une telle mesure « ne [faisait] pas obstacle au droit que le président de la République tient de l'article 13 alinéa 4 de reprendre en tout ou en partie cette délégation »¹¹⁹².

Comme l'indiqua le rapporteur PÉPY lors de l'examen du texte devant le Conseil d'État, « l'adoption dans son texte initial du projet gouvernemental, aurait abouti à reconnaître un pouvoir de nomination à toutes les autorités politiques ou administratives, sauf au Premier ministre¹¹⁹³ ». Cette rédaction fût pourtant maintenue. Rétrospectivement, les vigoureux débats au Conseil d'État qui portèrent sur la possibilité ou non de la subdélégation par le Premier ministre¹¹⁹⁴ paraissent bien dérisoires car, comme le craignait le rapporteur, peu de délégations furent consenties au Premier ministre.

¹¹⁸⁹ Dans le même sens, J. COLIN, « Autorités investies du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État », art. cité, p. 82-83.

¹¹⁹⁰ Projet gouvernemental publié in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 728.

¹¹⁹¹ Projet d'ordonnance adopté par la commission spéciale du Conseil d'État, *ibid.*, p. 732-733.

¹¹⁹² Note sous le projet d'ordonnance adopté par la commission spéciale du Conseil d'État, *ibid.*, p. 734. Tel était le sens des conclusions du rapporteur, Daniel PÉPY, reproduites in *ibid.*, p. 736.

¹¹⁹³ Rapport présenté par D. PÉPY, *idem*.

¹¹⁹⁴ Voir leurs débats in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 739-745. Cette question était notamment conditionnée par la distinction entre délégation de signature et délégation de compétence. Les conseillers qui examinèrent le projet parvinrent difficilement à un accord mais finirent par admettre qu'il s'agissait d'une délégation de compétence qui, par dérogation au principe, pouvait être subdéléguée (voir notam. l'intervention de M. LATOURNERIE in *ibid.*, p. 140). Quant à la distinction entre délégation de compétence (ou délégation de pouvoir) et de signature, voir N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 392-395. L'auteur indique que la « délégation de signature vise à décharger le délégant d'une partie de sa tâche matérielle en désignant un représentant chargé de prendre formellement les décisions en

215. Peu avant le référendum de 1958, André PHILIP jugeait « regrettables » certaines dispositions du texte proposé et, parmi elles, « la nomination à tous les emplois civils et militaires par le président de la République ». Cependant, il ajoutait : « Mais l'article 13 permet à une loi organique de fixer les conditions de délégation de ce pouvoir au Premier ministre »¹¹⁹⁵. La mesure ne fut pas employée pour servir la compétence primo-ministérielle. Celle-ci est donc réduite au minimum¹¹⁹⁶. Et faute pour le Premier ministre d'être considéré comme autorité de principe en matière de nomination, chaque fois qu'une norme énonce qu'un emploi civil ou militaire de l'État est pourvu par décret, alors il ne s'agit pas d'un décret du Premier ministre mais d'un décret du président de la République¹¹⁹⁷. Telle est bien la position du juge administratif depuis 1963¹¹⁹⁸ en dépit de solutions contraires isolées¹¹⁹⁹. Le chef du Gouvernement peut donc seulement bénéficier des rares délégations prononcées par le chef de l'État¹²⁰⁰. Il peut toutefois nommer par arrêté, ainsi que l'indique le professeur YOLKA :

son nom. La délégation de compétence dessaisit le délégant de sa compétence pour la transférer au délégataire qui l'exerce en ses lieux et place » (p. 392 et 393). Sur l'interdiction de subdéléguer une compétence, voir aussi Ph. AZOUAOU, *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, op. cit., p. 241 et s.

¹¹⁹⁵ A. PHILIP, « Pour une révision », *Le Monde*, 20 septembre 1958.

¹¹⁹⁶ Voir Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 732.

¹¹⁹⁷ Ainsi, par exemple, « pour chaque théâtre d'opérations, un officier général est désigné par décret pour exercer, le cas échéant, le commandement en chef des forces qui y sont affectées et reçoit, à cet effet, une lettre de commandement » (Nous soulignons). Article D 1221-5 du Code de la Défense, réitérant les dispositions de l'article 5 du décret n°62-808 du 18 juillet 1962 *relatif à l'organisation de la défense nationale* et codifié par le décret n°2007-584 du 23 avril 2007 *relatif à certaines dispositions réglementaires de la première partie du code de la défense*). Contrairement, à ce qu'affirme J.-Ch. VIDELIN, (*in Droit public de la défense nationale*, Bruylant, 2009, p. 96) cette nomination ne relève pas du Premier ministre. Si l'analyse de l'auteur s'autorise justement des dispositions constitutionnelles, elle est contredite par les normes infra-constitutionnelles et par la jurisprudence du Conseil d'État.

¹¹⁹⁸ CE Sect., 28 juin 1963, *Bardon*, Rec. p. 413 ; *AJDA*, 1963, p. 52 ; CE Sect., avis contentieux, 7 janvier 1992, *EDCE*, 1992, p. 91. Plus récemment, voir aussi CE, 20 décembre 2006, *Mathieu*, mentionné aux *Tables*.

¹¹⁹⁹ CE, 10 février 1965, *Pontillon*, Rec. p. 92. De cela, il faut conclure que le Premier ministre a bien une compétence de nomination qui n'est nullement résiduelle. Cet arrêt applique aux nominations le raisonnement de la jurisprudence *Sicard* qui portait sur le pouvoir réglementaire. Dans les arrêts CE Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres* (Rec. p. 279) et *Syndicat national des élèves conseillers et conseillers au travail et à la législation sociale et autres* (Rec. p. 276), le Conseil d'État considère que si le président de la République signe un décret non délibéré en Conseil des ministres, l'acte n'est pas entaché d'incompétence dès lors que le Premier ministre l'a effectivement signé. Voir aussi CE, 15 novembre 1991, *Mauduech*, Rec. p. 395 : « Considérant que les conservateurs du patrimoine sont, en vertu du décret du 16 mai 1990, nommés par décret du Premier ministre ». Le décret n°90-404 du 16 mai 1990 prévoyait leur nomination « par décret ». Ces dispositions ont encore vocation à s'appliquer : le décret n°2013-788 du 28 août 2013 *portant statut particulier du corps des conservateurs du patrimoine* a abrogé le décret de 1990 mais maintenu sa rédaction. Remarquons enfin que dans sa décision n°83-162 DC du 20 juillet 1983, *Loi relative à la modernisation du secteur public* (*JORF* du 22 juillet 1983, p. 2267, Rec. p. 49), le Conseil constitutionnel évoque des nominations « par le Gouvernement » là où la loi prévoyait des nominations « par décret » (Cons. 49).

¹²⁰⁰ Deux délégations ont pu être recensées : nomination des professeurs des écoles d'architecture (décret n°94-809 du 16 septembre 1994) et nomination des conservateurs généraux des bibliothèques (décret n°92-36 du 9

Les sous-directeurs, directeurs adjoints, chefs de service et attachés des administrations centrales sont nommés par un arrêté conjoint du Premier ministre et du ministre intéressé. Le Premier ministre nomme les membres de ses services, ceux des secrétariats généraux pour les affaires régionales et de nombreux organismes rattachés à Matignon (conseil national de l'évaluation, comité de décentralisation, comité central sur le coût et le rendement des services publics...) ¹²⁰¹.

Il est ainsi compétent pour nommer à des postes qui ne sont pas des emplois publics de l'État. Par exemple, des « représentants de l'État nommés par décret ¹²⁰² » du Premier ministre ¹²⁰³ siègent au conseil d'administration d'un certain nombre d'établissements publics industriels et commerciaux de l'État ¹²⁰⁴.

La question se pose en outre de savoir s'il est compté parmi les « ministres ou [...] autorités subordonnées » bénéficiant d'une compétence de nomination « *notamment* par mesure de simplification ou de déconcentration administratives ¹²⁰⁵ ».

2. La compétence de nomination des ministres et « autorités subordonnées »

216. L'article 4 de l'ordonnance organique paraît, lui aussi, poser un véritable problème de constitutionnalité : « Les dispositions de l'article 3 de la présente ordonnance ne font pas obstacle aux dispositions particulières, législatives ou réglementaires, en vertu desquelles le pouvoir de nomination est confié, notamment par mesure de simplification ou de déconcentration administratives, aux ministres ou aux autorités subordonnées ». L'incompatibilité de cet article avec les dispositions des articles 13 et 21 de la Constitution

janvier 1992). Ce dernier décret a donné lieu à un commentaire de J. VEYRET : « L'autorité investie du pouvoir de nomination des fonctionnaires de l'État », *RFDA*, 1992, p. 881 et s.

¹²⁰¹ Ph. YOLKA, *ibid.*, p. 726. Il est possible d'en citer encore bien d'autres, par exemple : Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes créé par le décret n°2013-8 du 3 janvier 2013, Conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative créé par le décret n°2010-32 du 11 janvier 2010, etc. Dans certains cas, le raffinement est à son comble : par exemple, le président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique – créée par la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique* – est nommé par décret du président de la République, le secrétaire général est nommé par arrêté du Premier ministre (art. 19).

¹²⁰² Art. 5 de la loi n°83-675 du 26 juillet 1983 *relative à la démocratisation du secteur public* (dite Loi DSP).

¹²⁰³ En l'occurrence, puisqu'il ne s'agit pas d'emplois civils de l'État, il est admis que les nominations à ces fonctions relèvent de la compétence de nomination du Premier ministre, sauf pour celles qui figurent dans le décret n°59-587 du 29 avril 1959 *relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales* pris pour l'application de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 *portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État*.

¹²⁰⁴ Il s'agit en particulier des établissements publics de l'État visés à l'article 1^{er} de la loi DSP n°83-675, dans sa version consolidée au 24 août 2014. Au moins au sens du droit budgétaire, il ne s'agit pas d'emplois de l'État.

¹²⁰⁵ Nous soulignons.

paraît de prime abord manifeste car seuls le président de la République et le Premier ministre peuvent nommer aux emplois civils et militaires de l'État que l'on retienne ou non la compétence de principe du chef de l'État.

217. Dans l'exposé des motifs précédant le projet de la future ordonnance n°58-1136, le Gouvernement indiqua :

Il convient d'ajouter une précision sur la portée de ces dispositions constitutionnelles. Elles ne signifient pas que l'intervention de l'une ou l'autre des deux hautes autorités investies par la Constitution du pouvoir de nomination soit obligatoirement requise pour toutes les nominations de fonctionnaires et agents de l'État. Sous l'empire de dispositions identiques s'appliquant au président de la République en 1875, au président du Conseil en 1946, il a toujours été admis, notamment par la jurisprudence du Conseil d'État, que le pouvoir de nommer certaines catégories d'agents pouvait être confié par la loi ou le règlement aux ministres ou aux autorités administratives subordonnées, en particulier aux préfets. Il y a un intérêt pratique évident à maintenir sur ce point les usages antérieurs et c'est à cet objet que répond l'article 4 final du projet de loi¹²⁰⁶.

Ces lignes permettent de mesurer toutes les limites des thèses selon lesquelles la Cinquième République se serait absolument départie du passé. Les Troisième et Quatrième Républiques, avec lesquelles il s'agissait prétendument de rompre en 1958, sont utilisées pour justifier une méconnaissance évidente des dispositions de la Cinquième République. À leurs côtés, un pragmatisme de bon aloi conforte cette justification. « Les rédacteurs de l'ordonnance ont préféré ratifier l'ordre antérieur que de s'engager dans le chemin périlleux que leur traçaient les constituants [*sic*]¹²⁰⁷. » Alors que le texte constitutionnel confie à deux autorités la compétence de nomination et alors que l'article 13 donne compétence exclusive au législateur organique pour prévoir d'autres emplois pourvus par décret en Conseil des ministres, l'ordonnance organique y déroge dès le début du régime en considérant que ces dispositions constitutionnelles ne sauraient faire obstacle aux dispositions contraires de la loi ou du règlement.

218. Au demeurant, cet article 4 emporte des conséquences pratiques considérables puisqu'il permet notamment de confier les nominations aux ministres par décrets portant statuts

¹²⁰⁶ Exposé des motifs publié in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 727 et 731.

¹²⁰⁷ A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 2, *op. cit.*, p. 83.

particuliers des corps de la fonction publique¹²⁰⁸. La position marginale du Premier ministre se mesure ainsi encore puisque – via sa compétence réglementaire générale exercée par décret simple – il peut habilitier les ministres à nommer, sans pouvoir nommer lui-même. Au reste, les ministres sont également compétents pour pourvoir aux emplois « dans les directions régionales et départementales de leur ministère ainsi que dans les organismes (conseil, comité, commissions...) qui y sont rattachés¹²⁰⁹ ». Mais l'article 4 bénéficie aussi aux autorités déconcentrées de l'État : préfets principalement¹²¹⁰, recteurs¹²¹¹ ou, plus généralement, chefs de services déconcentrés¹²¹².

Le Conseil d'État a, enfin, précisé le sens de la notion d' « autorité subordonnée » dans son avis du 18 novembre 1993 relatif au personnel de France Telecom¹²¹³. Il devait s'interroger sur le point de savoir si le président de la future société anonyme pouvait être considéré comme « autorité subordonnée » et bénéficiaire à ce titre d'une compétence de nomination en vertu de l'article 4 de l'ordonnance organique. Pour conclure à une réponse positive, optant « pour une interprétation aussi peu restrictive que possible de la notion d' "autorité subordonnée"¹²¹⁴ », le Conseil d'État retint qu'est « subordonnée » une autorité, même de droit privé, nommée et révoquée par le Gouvernement, lequel doit jouir d'une « liberté d'appréciation [...] entière dans l'exercice de ce pouvoir¹²¹⁵ ».

Au total, comme l'écrit Philippe YOLKA au sujet l'article 4 de l'ordonnance :

Il s'agit d'un véritable gisement de compétences pour des autorités qui en sont normalement dépourvues, avec à la clé la possibilité d'aménager l'exercice du pouvoir de nomination sans

¹²⁰⁸ Conformément à l'article 8 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* (considérée comme le titre II du statut général des fonctionnaires).

¹²⁰⁹ Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 730.

¹²¹⁰ Par exemple, arrêté du 27 août 2010 *portant déconcentration en matière de gestion des fonctionnaires des corps techniques et scientifiques de la police nationale*. Mais l'hypothèse demeure très limitée. Bien des mesures de déconcentration excluent expressément la compétence de nomination. En ce sens, décret n°2000-1317 du 26 décembre 2000 *portant déconcentration en matière de recrutement de certains personnels relevant du ministère de l'emploi et de la solidarité*

¹²¹¹ Par exemple, décret n°70-738 du 12 août 1970 *relatif au statut particulier des conseillers principaux d'éducation*.

¹²¹² Par exemple, arrêté du 23 avril 2002 *portant déconcentration de certains actes en application du décret n°2002-121 du 31 janvier 2002 relatif au recrutement sans concours dans certains corps de fonctionnaires de catégorie C de la fonction publique de l'État*.

¹²¹³ CE Ass. (avis), n°355.255 du 18 novembre 1993, *France Télécom, Statut des agents*, EDCE, 1993, n° 45, p. 320.

¹²¹⁴ L. RICHER, « Le statut des agents de France Telecom », *AJDA*, 1994, p. 464.

¹²¹⁵ Tels sont les termes du Conseil d'État.

réviser la Constitution. Autant dire que l'idée d'une absolue concentration des compétences reste théorique¹²¹⁶.

Si la première proposition est avérée, la seconde, en revanche, mérite encore discussion. Certes la concentration de la compétence n'est pas absolue. Néanmoins, l'influence qu'exerce le président de la République lui permet, d'une part, de maîtriser l'étendue de son habilitation et, d'autre part, d'influencer l'exercice par d'autres autorités de leur compétence de nomination.

*
* *

Conclusion du chapitre

219. L'étude des normes constitutionnelles en vertu desquelles le président de la République est habilité à nommer a révélé le caractère à la fois ductile et obligatoire de la compétence présidentielle de nomination. Le chef de l'État est d'abord tenu de signer, sans même disposer d'une faculté de s'opposer aux nominations ; tel est le champ de réglementation des normes constitutionnelles d'habilitation. En revanche, si les articles 8, 56, 65 et 71-1 permettent de circonscrire le champ d'application de cette compétence, il n'en va pas de même de l'article 13 de la Constitution. Ce dernier a donné lieu à un certain nombre de normes de concrétisation non conformes à la Constitution. Le président de la République a *capté le pouvoir de nomination par l'extension de son habilitation* interprétée et pratiquée comme une extension de son pouvoir de désignation. Le mouvement de circularité à l'œuvre en la matière est manifeste et paraît saisi au mieux par l'expression spinoziste adaptée par Pierre BOURDIEU selon laquelle le pouvoir est animé d'une forme de *conatus* c'est-à-dire « d'une tendance à persévérer dans l'être¹²¹⁷ » : l'extension du pouvoir appelle l'extension du pouvoir.

Ce chapitre a mis en lumière l'importance des premières mesures de concrétisation de la Constitution des années 1958 et 1959. Celles-ci illustrent, en contrariété avec les dispositions constitutionnelles, une conception résolument présidentialiste de la compétence de nomination. Un tel décalage s'explique par le pouvoir de nomination lui-même.

¹²¹⁶ Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 732.

¹²¹⁷ P. BOURDIEU, *Sur l'État. (...), op. cit.*, p. 419 (Cours du 24 octobre 1991).

CHAPITRE SECOND. UN POUVOIR CAPTÉ PERMETTANT L'EXTENSION DE LA COMPÉTENCE

220. Le pouvoir de nomination capté par le président de la République est un moyen pour lui d'étendre sa propre compétence en influençant les organes habilités à l'habiliter.

Nommer aux emplois publics est l'un des attributs symboliques de l'autorité souveraine. Choisir les hommes qui exerceront certaines fonctions est aussi l'un des éléments les plus concrets de l'exercice du pouvoir¹²¹⁸.

Par cette compétence, le Président peut infiltrer chaque rouage de l'État, tisser un réseau d'influence¹²¹⁹ et assurer sa précellence¹²²⁰. L'insigne fonction des nominations est ainsi manifeste. Nommer se présente effectivement comme « une action [...] suscitant des modifications d'ordre matériel¹²²¹ » ou immatériel, par exemple en exerçant un changement

¹²¹⁸ B. STIRN, *Les Sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 104.

¹²¹⁹ Sur le pouvoir d'influence, voir notam. N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 334 et s. Philippe BRAUD (« Du pouvoir général au pouvoir politique », in M. GRAWITZ et J. LECA, *Traité de science politique*, PUF, 1985), que cite Nicole BELLOUBET, identifie trois figures du pouvoir d'influence : persuasion, manipulation, autorité. Toutes ont cependant en commun de penser le pouvoir comme un rapport vertical et unilatéral. Mais le pouvoir d'influence est aussi un rapport réciproque où l'agent influencé laisse prise au pouvoir qui l'influence. Le professeur BELLOUBET écrit que « l'exercice d'un pouvoir d'influence permet à A d'imposer sa volonté à B parce que ce dernier perçoit subjectivement un avantage positif à subir cette influence ». Si nous souscrivons à la première proposition, la seconde est à discuter. B peut certes trouver avantage à subir l'influence mais il peut aussi être contraint de la subir, il peut encore ne pas s'apercevoir de ce phénomène tant il a intégré des rapports de pouvoir qui lui sont défavorables, etc.

¹²²⁰ « Par ce pouvoir, le président de la République, essentiellement, “se constitue des clientèles [...] et les garde”, et par ces clientèles, selon le principe du levier, il peut intervenir dans des domaines qui lui sont juridiquement étrangers [...]. En somme, le pouvoir de nomination, pouvoir de patronage, est “un fantastique instrument de concentration des pouvoirs au profit du chef de l'État”, écrit dans le même sens B. MONTAY (*in Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, *op. cit.*, p. 84). L'auteur cite, en l'occurrence, O. BEAUD, « Le souverain », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 45.

¹²²¹ Voir *TLFi-lex*, préc., entrée « Influence ».

sur l'orientation du Gouvernement ou de l'Administration ou en assurant l'ascendant sur autrui. Les nominations apparaissent comme un moyen pour « s'emparer du pouvoir », en « créer », en « distribuer » et « produire de la loyauté politique »¹²²². Les nominations sont au cœur d'un processus circulaire par lequel un pouvoir alimente une compétence, qui alimente un pouvoir, etc. Plus encore, l'« une des clés des abus de pouvoir présidentiels réside justement dans ce pouvoir de nomination¹²²³ ».

221. Pour saisir le processus à l'œuvre dans ce phénomène « d'influence », le juriste ne peut ignorer les travaux de la sociologie et de la science politique. Le néo-institutionnalisme notamment a permis de montrer « comment des acteurs peuvent utiliser leur pouvoir pour influencer le processus d'institutionnalisation d'une part » et « comment [ils] sont susceptibles de recourir aux institutions pour accroître ou maintenir leur pouvoir d'autre part »¹²²⁴. Ceci suppose cependant que les acteurs puissent effectivement modifier les institutions. Or, plus radicalement, ce mouvement de pensée a développé l'idée que, dans certains cas, « le niveau d'institutionnalisation des pratiques est tel, que cette possibilité de changement n'existe plus, ou du moins implique un travail considérable¹²²⁵ ». De ce point de vue alors, au pouvoir des acteurs sur les institutions s'ajoute, voire se substitue, un pouvoir des institutions sur les acteurs¹²²⁶. Les institutions visées par ce courant de la sociologie relèvent de l'institution au sens durkheimien du terme, c'est-à-dire un « ensemble d'actes ou d'idées tout institué que les individus trouvent devant eux et qui s'imposent plus ou moins à eux¹²²⁷ ». De telles analyses peuvent être une source féconde de réflexion pour le juriste¹²²⁸ :

¹²²² Nous empruntons cette expression à Philippe BEZES in « Les rationalités politiques dans la réforme de l'État : le cas de la V^e République », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, n°56-4 bis, 2009, p. 54-74. Dans cet article, l'auteur étudie les différentes formes de rationalité à l'œuvre dans les projets de réforme de l'État. Les programmes de réforme auraient des visées électoralistes (p. 58-61) ; serviraient (essentiellement au Premier ministre) à (se) « construire un rôle politique » (p. 61-65) ; permettraient de « s'emparer du pouvoir et de produire de la loyauté politique » (p. 65-67) et « d'agir sur l'administration » pour « créer du pouvoir et en distribuer » (p. 67-69). Sans avoir directement trait aux nominations, l'article illustre très bien – quoiqu'en filigrane – leur portée sur ces processus.

¹²²³ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, op. cit., 2013, p. 468.

¹²²⁴ I. HUAULT et B. LECA, « Pouvoir : une analyse par les institutions », *Revue française de gestion*, n°193, 2009, p. 134.

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 134-135.

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 141 et s.

¹²²⁷ P. FAUCONNET et M. MAUSS, « Sociologie », in *La Grande Encyclopédie*, vol. 30, Société anonyme de la Grande Encyclopédie, 1901 (extrait en version électronique disponible en ligne sur le site des Classiques de l'UCAQ : http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss_marcel/mauss_marcel.html).

¹²²⁸ Les travaux de M. HAURIOU sur l'institution et les suites intellectuelles qu'ils ont connus illustrent le caractère fructueux d'un tel rapprochement. Dans son article sur « Les facultés de droit et la sociologie », le maître de Toulouse écrit : « Un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup de sociologie y ramène » (M. HAURIOU, art. (1893) reproduit in *Écrits sociologiques*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2008, p. 4). Les influences des écrits de DURKHEIM sur la conception hauriouiste ont fait l'objet de nombreux travaux (voir par

les institutions constituées par le droit sont fragilisées par un processus d'institutionnalisation¹²²⁹ qui, à terme, s'impose aux acteurs. Des institutions alternatives se créent qui, comme cela est souvent remarqué, confrontent le droit à ses limites¹²³⁰.

222. Dans le cadre du processus d'institutionnalisation, le pouvoir de nomination que s'est approprié le président de la République a joué un rôle fondamental car il a un effet panoptique. Un effet panoptique au sens faible d'abord, qui est conforme à l'étymologie du mot : pan-opticos (πᾶν-οπτικός), qui voit tout. Par le pouvoir de nomination, le président de la République peut pénétrer toutes les sphères de l'État et toucher tous les milieux, qu'ils soient publics ou privés. Un effet panoptique au sens fort ensuite, c'est-à-dire au sens disciplinaire que Michel FOUCAULT a fondé à partir de l'étude du panoptique carcéral de Jeremy BENTHAM¹²³¹. Le projet d'établissement carcéral imaginé par le philosophe anglais

exemple É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droits et Société*, n°30/31, 1995, p. 381-412) Rappelons que, pour DURKHEIM, la sociologie est « la science des institutions, » lesquelles sont définies comme « toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité » (É. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique* (1894), édition électronique réalisée à partir de la 16^e édition (149 p.), PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1967, p. 15).

¹²²⁹ L'institutionnalisation doit être entendue au sens fort que lui donnèrent BERGER et LUCKMANN dans leur ouvrage, désormais classique : *La Construction sociale de la réalité* (1966), trad. franç. par TAMINIAUX P. revue par MARTUCCELLI D., Armand Colin, coll. « Individu et Société », 2010, 358 p. Quoique la démonstration des auteurs suscite un certain nombre de questions, il est possible de reconstituer leur conception de l'institution. Lorsqu'ils s'interrogent sur les conditions d'apparition des institutions, les auteurs relèvent plusieurs facteurs. D'abord, écrivent-ils, « l'institutionnalisation se manifeste chaque fois que des types d'acteurs effectuent une typification réciproque d'action habituelle ». Autrement dit, l'institution émerge chaque fois que « des acteurs ou des actions individuels » sont érigés en type, *ie* en modèle (p. 118). Ils ajoutent qu'une « histoire partagée » est nécessaire à l'émergence de ces institutions, lesquelles ont pour conséquence de contrôler « la conduite humaine en établissant des modèles prédéfinis de conduite » (p. 119). Ce concept, central dans leur ouvrage, permet aux auteurs de soutenir que le rapport entre l'homme et la société est un rapport réciproque, une *interaction* (p. 127) : « Le produit [*le monde social*] agit en retour sur le producteur [*l'homme*] » (p. 127-128). Un triple processus est à l'œuvre dans cette construction : extériorisation (des pratiques), objectivation et intériorisation (p. 128). Voir en ce sens également la présentation proposée par I. HUAULT et B. LECA, « Pouvoir : une analyse par les institutions », art. cité, p. 136.

¹²³⁰ Le concept d'« institutionnalisation » peut être rapproché de l'*habitus* que le professeur COHENDET au « système de variables déterminantes » (SVD) qui sert ses analyses. Ce système désigne l'ensemble des variables externes à la Constitution qui « exercent une influence sur l'application de la Constitution » (M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 165). Le SVD permet d'expliquer les écarts entre les prescriptions normatives et les pratiques. Ces variables sont juridiques ou extra-juridiques. Il peut s'agir de normes infra-constitutionnelles mais encore d'« éléments politiques, historiques, géostratégiques, économiques », etc. (*ibid.*, p. 166). Les *habitus* constituent eux aussi une variable déterminante. Ils sont définis par l'auteur « comme des habitudes mentales relatives à la perception d'une institution » (*loc. cit.*). Pour de plus amples développements, voir du même auteur, « Le système de variables déterminantes », art. cité, p. 119-134. Il nous paraît, cependant, que le concept d'institutionnalisation permet d'insister sur la liberté initiale des acteurs du jeu politique en même temps que sur leur dépendance relative à l'égard de deux registres d'institutions : institutions juridiques et rôles institutionnalisés auxquels ils se plient. Le terme « *habitus* » nous semble pouvoir être réservé aux « habitudes mentales » des citoyens.

¹²³¹ Voir, en langue française, J. BENTHAM, *Panoptique. Mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection et nommément des maisons de force*, Imprimerie nationale, 1791, 56 p. suivi de différents rapports et projets de décrets (*circa* 500 p.) (J. BENTHAM, *The Panopticon Writings*, Verso, 1995, p. 29-95). L'œuvre du philosophe a fait l'objet de nombreuses études dont il n'est pas utile de dresser ici l'inventaire.

permettait « de voir d'un coup d'œil tout ce qui [se] passe¹²³² » dans la prison. Plus précisément, la configuration du bâtiment imaginé était telle que chaque détenu « [était] vu, mais il ne [voyait] pas » de sorte que cela induisait chez lui « un état conscient et permanent de visibilité qui [assurait] le fonctionnement automatique du pouvoir »¹²³³. Comme l'écrit Michel FOUCAULT, le panoptique carcéral permet de :

Faire que la surveillance soit permanente dans ses effets, même si elle est discontinuée dans son action ; que la perfection du pouvoir tende à rendre inutile l'actualité de son exercice ; que cet appareil architectural soit une machine à créer et à soutenir un rapport de pouvoir indépendant de celui qui l'exerce ; bref que les détenus soient pris dans une situation de pouvoir dont ils sont eux-mêmes les porteurs¹²³⁴.

Le panoptisme caractérise au mieux le mécanisme de pouvoir à l'œuvre en matière de nomination¹²³⁵ et permet d'expliquer l'institutionnalisation d'un certain nombre de pratiques qui ne se laissent pas saisir par les seules normes juridiques. Même si toute nomination n'implique pas la déférence de la personne nommée à l'égard de celui qui la désigne, il est possible de montrer que le pouvoir de nomination recèle un effet panoptique. Non parce qu'il permet d'assurer la surveillance permanente de toutes les personnes nommées et de toutes les institutions concernées, mais parce qu'il institue « une situation de pouvoir » dont les personnes nommées et celles qui aspirent à l'être sont elles-mêmes porteuses. Ce faisant, le

Néanmoins, parmi elles, les travaux d'Anne BRUNON-ERNST ne doivent pas être passés sous silence. Ils ont montré tout l'intérêt de lire BENTHAM « sans FOUCAULT » (A. BRUNON-ERNST, *De Bentham à Foucault : Autour du Panoptique (I)*, Synthèse de l'habilitation à diriger des recherches, Université Paris III Sorbonne-Nouvelle, 2012, p. 31 et s.). Anne BRUNON-ERNST montre la pluralité des panoptiques benthamiens qu'elle propose de nommer : le « Panoptique des prisons », le « Panoptique des pauvres », le « Panoptique chresthomatique » et le « Panoptique constitutionnel » (A. BRUNON-ERNST, « Les métamorphoses panoptiques : de Foucault à Bentham », *Cahiers critiques de philosophie*, n°4, 2007, p. 60-71). Sur les liens entre la doctrine politique de BENTHAM et ses panoptiques, voir aussi G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, 2004, n°19, p. 3-38. On y trouvera une bibliographie dense sur le sujet.

¹²³² J. BENTHAM, *Panoptique (...) op. cit.*, p. 8.

¹²³³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard-NRF, coll. « Bibliothèque des histoires », 1979, p. 202.

¹²³⁴ M. FOUCAULT, *ibid.*, p. 202-203. Voir aussi p. 207. Dans le même sens, G. TUSSEAU écrit : « Se sachant susceptibles d'être observées, [les personnes incarcérées] sont soumises à un contrôle permanent dans ses effets, même s'il n'est pas effectivement exercé à chaque instant » (G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », art. cité, p. 5).

¹²³⁵ Le terme « panoptisme » est retenu à dessein afin de le distinguer des panoptiques de BENTHAM qui n'ont pas tous une visée disciplinaire. Suivant la proposition d'Anne BRUNON-ERNST, nous désignons par « panoptisme », « le concept créé par FOUCAULT pour définir les mécanismes de pouvoirs disciplinaires à l'œuvre dans le Panoptique [des prisons], mais généralisables à toute structure qui vise à contrôler des individus » (A. BRUNON-ERNST, *De Bentham à Foucault (...), op. cit.*, p. 32). Cela permet en particulier de le distinguer du « panoptique constitutionnel » qui vise à surveiller les gouvernants.

pouvoir de nomination apparaît comme le meilleur moyen pour le président de la République d'étendre son pouvoir (de nomination).

Ce mouvement de circularité peut trouver son origine dans le processus constituant de 1958. Certes, la contresignature avait été réaffirmée – confirmée en quelque sorte par ses exceptions –, certes depuis l'écriture de la Constitution jusqu'au référendum, étaient affirmée la volonté de restaurer la figure présidentielle tout en conservant l'armature parlementaire du régime et, avec elle, les grands équilibres. Mais, dès les débuts de la Cinquième République, le général DE GAULLE a su employer les nominations pour consolider la fonction présidentielle et (faire) interpréter à ses vues le champ d'application de l'habilitation du président de la République en matière de nomination. S'il fallait se convaincre de ce que la sociologie est pour partie nécessaire à la compréhension du droit, les nominations en constitueraient l'exemple topique. Celles qui intervinrent à l'occasion du processus constituant de 1958 sont fondamentales pour expliquer l'ensemble du pouvoir de nomination sous la Cinquième République, le régime politique lui-même et une part majeure de sa pratique (**Section 1**). Une fois les textes de concrétisation adoptés, les présidents de la République avaient bien des leviers pour persister dans ce processus d'institutionnalisation. Le pouvoir de nomination constitue l'une des principales ressources de la prééminence présidentielle caractérisant le système politique¹²³⁶ de la Cinquième République ; le chef de l'État puise dans ce pouvoir capté les moyens d'asseoir son ascendant tant sur les autres institutions qu'au-delà d'elles et, ce faisant, il maîtrise les moyens d'étendre encore son habilitation, notamment en matière de nomination (**Section 2**).

¹²³⁶ Nous avons retenu la définition que le professeur COHENDET propose : le système politique « correspond aux faits, à la pratique, à l'application » (M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 162).

SECTION 1. LE RÔLE DES NOMINATIONS DANS LE PROCESSUS CONSTITUANT DE 1958

223. Le général DE GAULLE a eu l'occasion d'éprouver l'importance des compagnons et de l'entourage¹²³⁷. Lors de son départ à Londres, l'un de ses premiers gestes pour assurer la continuité de la République en exil fut de nommer ceux qui en assumeraient le Gouvernement. À la suite du manifeste de Brazzaville, le « Chef des Français libres », créa le Conseil de défense de l'Empire et fut chargé (par lui-même) de prendre toutes les décisions, quel qu'en soit le domaine, « après consultation, s'il y a lieu, du Conseil de défense¹²³⁸ ». Outre l'institution de ce Conseil, responsable de la conduite générale de la guerre¹²³⁹ et dont les membres étaient nommés par Charles DE GAULLE¹²⁴⁰, il était prévu que « les pouvoirs administratifs normalement dévolus aux ministres [soient] exercés par des directeurs de services nommés par le Chef des Français libres ». L'importance de l'entourage se révéla également au général lorsqu'il présida le Gouvernement provisoire de la République française entre 1944 et 1946¹²⁴¹.

Dans l'autre transition constitutionnelle¹²⁴² au cœur de laquelle se situera DE GAULLE en 1958, les nominations tinrent également une place importante. L'organisation de la compétence de nomination dans la République à venir ne fut pas au cœur des discussions. Mais les nominations prononcées pour la transition vers la Cinquième République – et donc l'exercice d'un *pouvoir de nomination* – eurent une influence tant sur la rédaction de la loi

¹²³⁷ Pour une étude sociologique très complète, voir É. CHIARADIA, *L'Entourage du général de Gaulle. Juin 1958 – avril 1969*, Éditions publibook Université, coll. « Sciences humaines et sociales. Histoire », 2011, 821 p.

¹²³⁸ Art. 3, Ordonnance n°1 du 27 octobre 1940 *créant le Conseil de défense de l'Empire*, publiée au *Journal officiel de l'Empire* et au *Journal officiel de l'Afrique équatoriale française*.

¹²³⁹ *Ibid.*, art. 2.

¹²⁴⁰ Ordonnance n°2 du 27 octobre 1940 *portant nomination des membres du Conseil de défense de l'Empire*.

¹²⁴¹ B. LACHAISE, « L'entourage de Charles De Gaulle président du GPRF à Paris (25 août 1944-21 janvier 1946) », *Histoire@Politique*, n°8, mai-août 2009, 14 p. Voir aussi É. CHIARADIA, *L'Entourage du général de Gaulle (...)*, *op. cit.*, p. 58 et s.

¹²⁴² Entendue au sens large, nous désignons par là, tant la transition de la Quatrième à la Cinquième République – depuis l'adoption de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 jusqu'à la promulgation de la Constitution –, que l'adoption des premiers textes portant concrétisation de cette dernière.

constitutionnelle elle-même, s'agissant notamment de la future compétence de nomination (§1), que sur « la mise en place¹²⁴³ » des normes concrétisant cette compétence (§2).

§1. L'influence des nominations sur l'écriture de la Constitution

224. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 décrivait le processus à suivre pour l'adoption de la nouvelle Constitution. Le rôle prépondérant du Gouvernement y était annoncé d'emblée : « Par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution [*de 1946*] sera révisée par le Gouvernement investi le 1^{er} juin 1958¹²⁴⁴ ». Mais ce dernier n'était pas le seul acteur du processus : « Pour établir le projet, le Gouvernement recueille l'avis d'un *comité consultatif* où siègent *notamment* des membres du Parlement désignés par les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République. [...]

Le projet de loi arrêté en *Conseil des ministres*, après avis du *Conseil d'État*, est soumis au référendum. La loi constitutionnelle portant révision de la Constitution est promulguée par le président de la République dans les huit jours de son adoption¹²⁴⁵ »¹²⁴⁶.

¹²⁴³ Art. 91 de la Constitution du 4 octobre 1958, abrogé par la loi constitutionnelle n°95-880 du 4 août 1995 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.

¹²⁴⁴ L'article 90 de la Constitution du 27 octobre 1946 disposait :

« La révision a lieu dans les formes suivantes :

La révision doit être décidée par une résolution adoptée à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale.

La résolution précise l'objet de la révision.

Elle est soumise, dans le délai minimum de trois mois, à une deuxième lecture, à laquelle il doit être procédé dans les mêmes conditions qu'à la première, à moins que le Conseil de la République, saisi par l'Assemblée nationale, n'ait adopté à la majorité absolue la même résolution.

Après cette seconde lecture, l'Assemblée nationale élabore un projet de loi portant révision de la Constitution. Ce projet est soumis au Parlement et voté à la majorité et dans les mêmes formes prévues pour la loi ordinaire.

Il est soumis au référendum, sauf s'il a été adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers ou s'il a été voté à la majorité des trois cinquièmes par chacune des deux assemblées.

Le projet est promulgué comme loi constitutionnelle par le président de la République dans les huit jours de son adoption.

Aucune révision constitutionnelle relative à l'existence du Conseil de la République ne pourra être réalisée sans l'accord de ce Conseil ou le recours à la procédure de référendum.

¹²⁴⁵ Nous soulignons.

¹²⁴⁶ Jacques GEORGEL, parmi d'autres auteurs, releva les « similitudes » entre la loi du 3 juin 1958 et celle du 10 juillet 1940 (J. GEORGEL, *Critiques et réforme des Constitutions de la République (...)*, op. cit., t. 2, p. 20-21). Évidemment, bien des nuances doivent être assorties si l'on entend comparer les conditions d'élaboration de la Constitution de la Cinquième République avec certaines de ses devancières. Mais la mainmise de Charles DE GAULLE et de Michel DEBRÉ sur l'élaboration du texte et la place marginale réservée aux parlementaires méritent d'être remarquées.

Le Gouvernement intervint en premier lieu. Après lui, le Comité consultatif constitutionnel fut sollicité. Le projet fut ensuite soumis au Conseil d'État, avant d'être définitivement arrêté en Conseil des ministres en vue du référendum. Le Gouvernement avait donc pour fonction d'ouvrir et de clore le processus de rédaction¹²⁴⁷. Entre la première version du texte et le référendum, rien ne semble lier ses choix rédactionnels : un comité simplement « consultatif » devait intervenir et le Conseil d'État ne devait rendre qu'un *avis*. Eu égard à la formulation de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, la présence du Gouvernement lors de ces deux phases consultatives n'est pas explicite. Pourtant, il tint une place de premier plan tout au long de la discussion à tel point qu'« il n'est pas douteux que le Gouvernement de 1958 soit l'auteur collectif de la Constitution¹²⁴⁸ ». Il ne s'agit pas ici d'examiner les courants de pensée auxquels adhéraient les différents acteurs de la transition constitutionnelle ; il serait audacieux d'un point de vue méthodologique d'affirmer, avec certitude, qui pensait quoi à l'été 1958¹²⁴⁹. Il serait tout aussi périlleux et faux de soutenir que la Constitution de la Cinquième République est le produit d'une conception exclusivement gaulliste¹²⁵⁰ du régime alors qu'elle se présente bien plus comme un syncrétisme ; elle est le résultat d'une sédimentation de la pensée constitutionnelle laquelle, au reste, fut moins au service d'un projet mûri et clair, que d'un travail accompli dans l'« urgence », dans une « relative indifférence », fait d'« improvisation » et de « secret »¹²⁵¹. Le propos est donc plus modeste qui vise simplement, en l'occurrence, à montrer comment le Gouvernement, choisi et dirigé par le général, a pu façonner le processus constituant et comment par ses nominations en particulier il a pu maintenir sa présence et son influence tout au long de la rédaction. Car des nominations intervinrent à chaque stade de l'élaboration du texte, assurant ainsi à Charles DE GAULLE et Michel DEBRÉ la maîtrise relative de la révision et la diffusion de leur pensée respective. Si le texte soumis au référendum en 1958 met au jour le compromis qui

¹²⁴⁷ À strictement parler, le référendum constitua bien la dernière étape du processus constituant mais non du processus d'écriture de la Constitution.

¹²⁴⁸ P. AVRIL, « Le piano mécanique », art. cité, p. 16-17. Le professeur AVRIL prend préalablement soin de distinguer l'auteur au sens littéraire et l'auteur au sens juridique. Le Gouvernement est l'auteur du texte constitutionnel au sens littéraire en ce qu'il « est celui qui l'a écrit et signé et qui en détient en quelque sorte la propriété ».

¹²⁴⁹ Sur la signification du gaullisme et la méthode pour l'étudier, voir S. BERSTEIN, *Histoire du gaullisme*, Perrin, 2001, 569 p. ; S. GUILLAUME, « Les ministres non gaullistes dans les gouvernements de Gaulle et Debré (juin 1958-avril 1962) : techniciens et politiques », *Histoire@Politique*, n°12, septembre-décembre 2010 ; L. ROUBAN, « Le gaullisme des hauts fonctionnaires (1958-1974) », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, n°116, 2012, p. 37-51.

¹²⁵⁰ L. ROUBAN, *ibid.*, p. 38. L'auteur y montre combien « le gaullisme est multiple » : gaullisme-résistant, gaullisme-partisan, gaullisme-gouvernant, etc.

¹²⁵¹ B. FRANÇOIS, *Naissance d'une Constitution. La V^e République, 1958-1962*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, p. 17-33.

commanda sa rédaction, ceci tient d'abord aux nominations auxquelles procédèrent DE GAULLE et DEBRÉ à ce moment de l'Histoire. Le rôle du dernier Gouvernement de la Quatrième République n'est pas anecdotique¹²⁵² : DE GAULLE et ses ministres occupent une place éminente dans les origines de la Cinquième République. Leur rôle dans le changement de régime peut s'observer avant l'investiture, lors de l'adoption de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et lors de la rédaction au sens strict de la première version de la nouvelle Constitution (A). Le lien entre le Gouvernement et les conseillers d'État mérite également d'être étudié, car la fonction de ces derniers dans la révision fut plus importante qu'il n'y paraît. Là encore, le lien entre nomination et écriture de la Constitution s'est manifesté (B).

A. La nomination des ministres et du Comité consultatif constitutionnel

L'influence des ministres gaulliens¹²⁵³, M. DEBRÉ en tête (1), n'a pas débuté aux portes du Comité consultatif constitutionnel (2).

1. DE GAULLE et les ministres gaulliens avant le Comité consultatif constitutionnel

225. Le rôle joué par le Gouvernement DE GAULLE et par le général lui-même dans la transition vers la Cinquième République commença avant même son investiture¹²⁵⁴. Dès le mois d'avril, après la démission du Gouvernement GAILLARD, des voix s'élevèrent sollicitant le retour de « l'homme du 18 juin »¹²⁵⁵. Comme il l'écrit lui-même :

Le 18 juin 1940, répondant à l'appel de la patrie éternelle privée de tout autre recours pour sauver son honneur et son âme, de Gaulle, seul, presque inconnu, avait dû assumer la France. Au mois de mai 1958, à la veille d'un déchirement désastreux de la nation et devant

¹²⁵² Tellement peu anecdotique que, comme l'écrit Bastien FRANÇOIS, *L'Année Politique* « notera, dans un lapsus bien révélateur » que « M. Pflimlin fut le dernier président du Conseil de la Quatrième République » (B. FRANÇOIS, *Naissance d'une Constitution (...), op. cit.*, p. 33).

¹²⁵³ C'est-à-dire les ministres de DE GAULLE.

¹²⁵⁴ O. GUICHARD indique que le cabinet de celui qui allait devenir président du Conseil a commencé à se dessiner à partir du 25 mai 1958 (O. GUICHARD, *Mon général*, Grasset, 1980, p. 228).

¹²⁵⁵ « Un groupe de gaullistes de 1940 demandent le retour du général », *Le Monde*, 19 avril 1958.

l'anéantissement du système prétendument responsable, de Gaulle, notoire à présent, mais n'ayant pour moyen que sa légitimité, doit prendre en charge le destin¹²⁵⁶.

Bien des témoins racontèrent comment se déroula le retour aux affaires de celui que le président de la République de l'époque lui-même présenta comme le « plus illustre des Français¹²⁵⁷ ». La révision de la Constitution fut posée comme condition nécessaire à son retour aux affaires¹²⁵⁸. Dès son discours d'investiture, le général présenta le projet de révision constitutionnelle qu'il entendait conduire :

Le Gouvernement que je vais former, moyennant votre confiance, vous saisira sans délai d'un projet de réforme de l'article 90 de la Constitution, de telle sorte que l'Assemblée nationale donne mandat au Gouvernement d'élaborer, puis de proposer au pays par la voie du référendum, les changements indispensables¹²⁵⁹.

Deux heures après la proclamation des résultats du vote d'investiture, le projet de révision de l'article 90 et l'exposé des motifs étaient transmis à l'Assemblée nationale pour en délibérer en urgence¹²⁶⁰. Dès son retour, DE GAULLE savait qu'il ne serait pas un président du Conseil éphémère de plus dans la chancelante Quatrième République. La loi du 3 juin 1958 constitutionnalise d'ailleurs l'existence même du Gouvernement DE GAULLE et lui donne mandat exclusif pour réviser la Constitution : « Par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution sera révisée *par le Gouvernement investi le 1^{er} juin 1958*¹²⁶¹ ». Ce Gouvernement, seul, était donc habilité à modifier la Constitution de la Quatrième République, en dérogeant aux règles établies en 1946. S'il avait dû être renversé, la procédure dérogatoire n'aurait pas pu s'appliquer.

226. Ce dernier Cabinet de la Quatrième République apparaît comme un Gouvernement de compromis. Sa composition affiche une volonté de dépasser les clivages partisans, comme elle témoigne de la place éminente réservée aux hauts fonctionnaires dans les Gouvernements à venir de la Cinquième République. Il était composé pour moitié de parlementaires non

¹²⁵⁶ C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. 1, *op. cit.*, p. 22-23.

¹²⁵⁷ Tels sont les termes qu'employa René COTY dans son message aux assemblées le 29 mai 1958. Ce message fut publié dans *Le Monde* du 31 mai 1958.

¹²⁵⁸ Voir R. JANOT, « Épisodes peu connus ou inconnus du passage de la IV^e à la V^e République », *Espoir*, n°118, 1999. Voir aussi, parmi bien d'autres, M. WINOCK, *L'Agonie de la IV^e République*, Gallimard, coll. « Folio Histoire », 2006, 196 p.

¹²⁵⁹ Discours d'investiture prononcé à l'Assemblée nationale le 1^{er} juin 1958 : *JORF* du 2 juin 1958, n°55, AN (C.R.), première séance du dimanche 1^{er} juin 1958, p. 2576.

¹²⁶⁰ F. GOGUEL, « L'élaboration des institutions de la République dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RF sc. pol.*, n°1, 1959, p. 70.

¹²⁶¹ Nous soulignons.

gaullistes¹²⁶² et pour moitié de hauts fonctionnaires gaullistes ou non¹²⁶³. Mais il faut noter que certains des ministres désignés par le général en juin 1958 avaient déjà travaillé avec lui, quand ils n'étaient pas de fidèles compagnons de « l'homme de Londres », comme l'étaient André MALRAUX¹²⁶⁴, Edmond MICHELET¹²⁶⁵ ou encore Antoine PINAY¹²⁶⁶. La plupart avaient donc déjà été nommés par DE GAULLE et entretenaient avec lui des rapports parfois étroits.

227. Après l'adoption de la loi constitutionnelle du 3 juin, M. DEBRÉ, garde des Sceaux, constitua un groupe de travail dans lequel siégeaient notamment certains « représentants de ministres »¹²⁶⁷. Les projets élaborés par ce premier groupe de travail furent régulièrement soumis au comité interministériel qui réunissait les quatre ministres d'État du Gouvernement, le garde des Sceaux, le Vice-président du Conseil d'État et était placé sous la présidence du président du Conseil. Un dialogue se noua entre ces deux groupes : le comité interministériel

¹²⁶² P. BACON (Mouvement républicain populaire – MRP), R. BURON (MRP), J. BERTHOIN (Parti républicain, radical et radical-socialiste – PRS), R. HOUDET (Centre national des indépendants et paysans – CNIP), F. HOUPHOUËT-BOIGNY (Rassemblement Démocratique Africain – RDA), L. JACQUINOT (CNIP), M. LEJEUNE (Section Française de l'Internationale Ouvrière – SFIO), G. MOLLET (SFIO), P. PFLIMLIN (MRP), A. PINAY (CNIP), É. RAMONET (Centre Républicain – CR), E. THOMAS (SFIO). Pour la biographie de chacun d'entre eux voir B. YVERT (dir.), *Dictionnaire des ministres*, op. cit.

¹²⁶³ A. BOULLOCHE, B. CHENOT, B. CORNUT-GENTILLE, M. COUVE DE MURVILLE, M. DEBRÉ, P. GUILLAUMAT, A. MALRAUX, É. MICHELET, É. PELLETIER, J. SOUSTELLE, P. SUDREAU. Sur les liens entre DE GAULLE et certains de ces hauts fonctionnaires, voir S. GUILLAUME, « Les ministres non gaullistes (...) », art. cité, p. 2. Pour des informations biographiques, voir B. YVERT (dir.), *Dictionnaire des ministres*, op. cit.

¹²⁶⁴ Le jour du vote d'investiture, MALRAUX est présenté comme secrétaire d'État sans portefeuille (voir *JORF* du 2 juin 1958, n°55, AN (C.R.), première séance du dimanche 1^{er} juin 1958, p. 2576). Il devint « ministre délégué à la présidence du conseil » le 9 juin 1958, puis ministre chargé de l'information comme il l'avait été durant le second Gouvernement DE GAULLE du GPRF. Il sera, enfin, ministre des affaires culturelles entre 1959 et 1969. Sur leur parcours respectif et les relations de longues dates entre DE GAULLE et MALRAUX, voir l'ouvrage éponyme : COLLECTIF, *De Gaulle et Malraux*, Plon, 1987, 324 p. À son sujet, le général écrit : « En face de moi est Michel DEBRÉ. À ma droite, j'ai et j'aurai toujours André MALRAUX. La présence à mes côtés de cet ami génial, fervent des hautes destinées, me donne l'impression que, par là, je suis couvert du terre-à-terre. L'idée que se fait de moi cet incomparable témoin contribue à m'affermir. Je sais que, dans le débat, quand le sujet est grave, son fulgurant jugement m'aidera à dissiper les ombres » (C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. 1 *Le renouveau*, op. cit., p. 287).

¹²⁶⁵ Edmond MICHELET a, lui aussi, déjà été membre d'un cabinet conduit par DE GAULLE. Sous le GPRF, il était ministre des armées. Il fut nommé en 1958 à la tête du ministère des anciens combattants, avant d'être nommé garde des Sceaux en 1959. Sur ses rapports avec DE GAULLE, voir J. CHARBONNEL, *Edmond Michelet*, Beauchesne, coll. « Politique et chrétiens », 1987, p. 253 et s. L'auteur de l'ouvrage a réuni un ensemble de documents olographes d'Edmond MICHELET et les présente par thèmes. Voir aussi, du même auteur, J. CHARBONNEL, « Edmond Michelet, garde des Sceaux », in A. LARCAN et Ph. OULMONT (dir.), *Charles de Gaulle et la justice*, Cujas, 2003, p. 123-126.

¹²⁶⁶ Antoine PINAY est ministre des Finances dans le dernier Gouvernement de la Quatrième République et le restera jusqu'à sa rupture avec la politique économique de Michel DEBRÉ, avec les projets industriels de Jean-Marcel JEANNENEY et avec la politique étrangère de Charles DE GAULLE. Sur son parcours et ses liens avec l'entourage du général, voir en particulier S. GUILLAUME, *Antoine Pinay ou la Confiance en politique*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1984, p. 156-159. Sur la rupture, voir *ibid.*, p. 179 et s.

¹²⁶⁷ Ce sont principalement des conseillers d'État (voir *infra*, p. 280 et s.).

avait un rôle d'orientation des travaux du « groupe de travail ». Le premier fut donc le véritable lieu de décision¹²⁶⁸.

Une fois ce pré-projet établi, le Comité consultatif constitutionnel – organe essentiellement parlementaire – débute l'examen du texte.

2. Des membres nommés par DE GAULLE au Comité consultatif constitutionnel

228. Le projet de modification de l'article 90 de la Constitution de 1946 présenté par le Gouvernement DE GAULLE ne prévoyait que l'élaboration en Conseil des ministres d'un projet de loi constitutionnelle qui, après avis du Conseil d'État, devait être soumis au référendum. Les parlementaires ne devaient nullement être associés à la transition constitutionnelle qui s'amorçait. Le Comité consultatif constitutionnel « où siègent *notamment* des membres du Parlement désignés par les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du conseil de la République » est, lui aussi, produit de « l'improvisation » décrite par le professeur FRANÇOIS¹²⁶⁹. D'après le récit de Raymond JANOT, la création du Comité consultatif constitutionnel est due à Pierre PFLIMLIN. Inquiet à l'idée d'un rejet du projet qui ne faisait aucune place à la discussion des parlementaires, l'ancien président du Conseil (et nouveau ministre d'État) en avisa le cabinet DE GAULLE. Le général étant injoignable, c'est Raymond JANOT lui-même, conseiller technique chargé des questions constitutionnelles, qui prit l'initiative, au nom de Charles DE GAULLE, de rectifier le projet de loi constitutionnelle¹²⁷⁰. La révision fut sûrement improvisée mais non irréfléchie. L'adverbe « notamment » a ainsi offert au général la possibilité de nommer des non-parlementaires dans ce comité, en édictant le décret n°58-599 du 16 juillet 1958 *concernant le comité consultatif constitutionnel* qui en prévoyait la composition et le fonctionnement. Seize membres devaient être élus par l'Assemblée nationale, dix par le

¹²⁶⁸ Michel AURILLAC rapporte ainsi « le va-et-vient » du projet : « Lorsqu'on [*le groupe d'experts*] était parvenu à des propositions précises, Michel Debré, qui présidait lui-même – sauf exception – les réunions du groupe de travail, les résumait et décidait ou non de les adopter. Après quoi, il soumettait les propositions retenues à une réunion interministérielle présidée par le général De Gaulle. Nous voyions alors redescendre, soit une acceptation, soit un refus, soit une demande de nouvelle rédaction » (Témoignage recueilli par O. PASSELECQ *in* COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 5, *op. cit.*, p. 7).

¹²⁶⁹ B. FRANÇOIS, *Naissance d'une Constitution (...)*, *op. cit.*, notam. p. 33.

¹²⁷⁰ R. JANOT, « Épisodes peu connus ou inconnus du passage de la IV^e à la V^e République », art. cité. Ce récit est également restitué *in* B. FRANÇOIS, *Naissance d'une Constitution (...)*, *op. cit.*, p. 28-29 et *in* O. RUDELLE, *Mai 1958. De Gaulle et la République*, Plon, 1988, p. 279-280.

conseil de la République tandis que treize membres (un tiers) devaient être « choisis parmi les personnalités compétentes et nommés par décret¹²⁷¹ ». Il était, en outre, précisé que « le président du Conseil, les ministres d'État et le garde des Sceaux [assistaient] aux séances ou [pouvaient] s'y faire représenter par des commissaires du Gouvernement nommés par décret¹²⁷² ». L'influence gaullienne apparaît tant à travers « ses » ministres qu'à travers les membres « compétents » nommés par lui, sur les conseils de Raymond JANOT. Comme l'indique ce dernier : « Beaucoup de gens voulaient en faire partie ». Il ajoute avoir « évité personnellement certaines nominations »¹²⁷³ ; en particulier, les professeurs de droit furent mis à l'écart¹²⁷⁴.

229. Par le décret précité du 16 juillet 1958, DE GAULLE s'autorisait à siéger lui-même au comité, tout comme y étaient autorisés les quatre ministres d'État et le garde des Sceaux, Michel DEBRÉ. Quoique les ministres d'État représentassent quatre partis différents de la Quatrième République¹²⁷⁵, ils entretenaient un lien spécial avec le général sans qu'ils fussent tous « gaullistes » – sauf à admettre avec le général lui-même que « chaque Français fut, est ou sera “gaulliste”¹²⁷⁶ ». Ces nominations des membres de partis politiques importants de la Quatrième République s'imposaient à DE GAULLE pour assurer la réussite de la transition constitutionnelle. Elles servirent de caution¹²⁷⁷, sans complètement entraver l'unité recherchée. Car, parmi un ensemble de possibles, les ministres d'État nommés – Félix HOUPHOUËT-BOIGNY, Pierre PFLIMLIN, Guy MOLLET et Louis JACQUINOT – furent choisis pour leur volonté réformatrice partiellement conforme aux vues gaulliennes.

DE GAULLE ne pouvait ignorer Félix HOUPHOUËT-BOIGNY. Député de Côte-d'Ivoire entre 1945 et 1959, il fut nommé ministre dans les quatre Gouvernements qui précédèrent

¹²⁷¹ Art. 1^{er} du décret n°58-599 du 16 juillet 1958 *concernant le comité consultatif constitutionnel*.

¹²⁷² Art. 5 du décret précité.

¹²⁷³ F. SAUVADET, *Raymond Janot, un itinéraire vers l'essentiel*, p. 62 cité par de S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 129.

¹²⁷⁴ Sur les conditions de création du Comité consultatif constitutionnel, voir S. LEROYER, *ibid.*, p. 127-130.

¹²⁷⁵ Il s'agit de MM. MOLLET (SFIO), HOUPHOUËT-BOIGNY (RDA), JACQUINOT (CNIP) et PFLIMLIN (MRP). Bernard CORNUT-GENTILLE, ministre de la France d'Outre-Mer, fut parfois appelé à siéger lorsqu'étaient en cause les articles relatifs à la future Communauté.

¹²⁷⁶ C. DE GAULLE, Conférence de presse du 10 mars 1952, in *Discours et messages*, t. 2 *Dans l'attente (février 1946 – avril 1958)*, Plon, 1970, p. 504.

¹²⁷⁷ « L'allégeance de Guy MOLLET [...] est un atout important pour DE GAULLE, ce qui lui permet de réfuter l'idée qu'on lui prête de vouloir instaurer une dictature » (S. GUILLAUME, « Les ministres non gaullistes (...) », art. cité, p. 3).

celui du 1^{er} juin 1958¹²⁷⁸. Incontournable donc, le ministre adhéra à la Communauté franco-africaine que DE GAULLE prônait lui-même¹²⁷⁹. Ce dernier ne pouvait pas non plus écarter les socialistes de son ambition réformatrice, attendu qu'en mai 1958, « le parti socialiste [était] l'arbitre de la législature : rien ne [pouvait] être fait sans lui ; rien ne [pouvait] être fait contre lui¹²⁸⁰ ». Pour cette raison, la nomination de Guy MOLLET s'imposa à DE GAULLE¹²⁸¹. Pierre PFLIMLIN s'imposait également en tant qu'ancien président du Conseil ayant consenti à démissionner au profit du général. MOLLET et PFLIMLIN étaient d'ailleurs « partisans d'un rééquilibrage en défaveur du Parlement parce qu'eux-mêmes avaient souffert de son omnipotence¹²⁸² ». Les liens entre Louis JACQUINOT et le nouveau président du Conseil sont bien plus remarquables puisqu'ils naquirent pendant la Résistance : « [*le gaullisme de JACQUINOT*] se manifeste surtout en dehors des organisations politiques par le lien qu'il a tissé avec de Gaulle. C'est un lien de fidélité mutuelle¹²⁸³ ». Outre l'influence de DE GAULLE à travers ses ministres et sa présence même au Comité consultatif constitutionnel, le dernier président du Conseil de la Quatrième République nomma un tiers des membres du comité et, parmi eux, un certain nombre de proches capables de faire valoir sa conception du régime. La cohésion de ce groupe de membres gaullistes fut assurée par Michel DEBRÉ lui-même qui les réunit au commencement des travaux afin de leur « [exposer] l'essentiel » et de « [répondre] à leurs questions »¹²⁸⁴. Furent ainsi nommés par le décret du 26 juillet 1958 *portant nominations au Comité consultatif constitutionnel* : messieurs BLOCQ-MASCART, conseiller d'État en service extraordinaire ; BOUR, conseiller de l'Union française ; BOUBAKER, directeur de l'institut musulman à la mosquée de Paris ; CHARDONNET, professeur à l'Institut d'études politiques de Paris ; CHAZELLE, membre du Conseil supérieur de la magistrature ; FREY, conseiller de l'Union française ; LAURIOL, docteur en droit ; MALTERRE, président de la Confédération générale des

¹²⁷⁸ Il fut ministre délégué à la présidence du Conseil du Gouvernement MOLLET (février 1956-juin 1957), ministre d'État du Gouvernement BOURGÈS-MAUNOURY (13 Juin 1957-6 novembre 1957), ministre de la santé du Gouvernement GAILLARD (novembre 1957-mai 1958), ministre d'État du Gouvernement PFLIMLIN, (durant trois jours en mai 1958 avant l'investiture du Gouvernement DE GAULLE).

¹²⁷⁹ Voir spécialement D.-G. LAVROFF (dir.), *La Politique africaine du général de Gaulle (1958-1969)*, Pedone, 1980, 421 p.

¹²⁸⁰ M. DUVERGER, « L'arbitrage socialiste », *Le Monde*, 9 mai 1958.

¹²⁸¹ Guy MOLLET, secrétaire général de la SFIO au moment de la crise de mai 1958, s'était tôt rapproché de DE GAULLE sans en avertir le parti (J. COINTET, « Guy Mollet, la SFIO et l'arrivée au pouvoir du général de Gaulle », in B. MÉNAGER (dir.), *Guy Mollet : un camarade en République*, Presses Universitaires de Lille, 1987, p. 337 et s.).

¹²⁸² S. GUILLAUME, « Les ministres non gaullistes (...) », art. cité, p. 7.

¹²⁸³ J. BOUR, « Louis Jacquinot, un notable plutôt qu'un homme de parti », in B. LACHAISE, F. AUDIGIER et S. LAURENT (dir.), *Les Gaullistes. Hommes et réseaux*, op. cit., p. 152.

¹²⁸⁴ M. DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 2 *Agir*, op. cit., p. 358.

cadres ; NOËL, ambassadeur de France ; PRÉ, directeur du Bureau minier de la France d'outre-mer ; REYNAUD, ancien président du Conseil ; VAN GRAEFSCHPEPE, vice-président de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et WALINE, professeur des facultés de droit.

Fidèles, Roger FREY et Léon NOËL l'étaient indubitablement. Le premier est présenté comme « un des compagnons les plus fidèles, les plus proches, les plus aimés¹²⁸⁵ » du général. « Sa carrière pourrait être résumée par un palindrome : [...] Roger FREY est là où se trouve le gaullisme et, le gaullisme est là où Roger FREY se trouve¹²⁸⁶. » Le second, Léon NOËL, était quant à lui l'un des cadres dirigeants du Rassemblement du peuple français¹²⁸⁷. Paul REYNAUD entretint également des liens étroits avec DE GAULLE : leur rencontre remonte à 1935 et leurs liens ne se distendirent pas jusqu'en 1962. C'est à celui-ci que DE GAULLE doit d'être devenu colonel puis général de brigade¹²⁸⁸ ; à lui encore qu'il doit d'avoir pu devenir l'« homme du 18 juin » car, nommé sous-secrétaire d'État à la guerre et à la défense nationale dans le Gouvernement REYNAUD le 5 juin 1940, il put, par ce biais, rencontrer CHURCHILL et faire l'usage que l'on sait de la radio de Londres. REYNAUD se convertit aux vues institutionnelles gaulliennes en 1958, ce qui, outre le passé commun des deux hommes, contribue à expliquer sa nomination¹²⁸⁹. Il fut ensuite élu président du Comité consultatif constitutionnel¹²⁹⁰.

Les ouvrages sur l'élaboration de la Constitution de 1958 témoignent de l'importance du rôle joué par ces hommes, proches du général, dans la rédaction des nouvelles institutions. D'autres nominations influencèrent sans doute les travaux constituants : celles des conseillers d'État choisis, quant à eux, par Michel DEBRÉ.

¹²⁸⁵ J. MAURIAC, « Roger Frey, le baron silencieux », *L'Express*, 5-11 juin 1981.

¹²⁸⁶ D. VALENCE, « La mémoire et l'oubli : Roger Frey (1913-1997) », in B. LACHAISE, F. AUDIGIER et S. LAURENT (dir.), *Les Gaullistes. Hommes et réseaux*, op. cit., p. 170.

¹²⁸⁷ Voir Y. BEAUVOIS, « Léon Noël, un dirigeant du RPF. Entre hiérarques et base », in COLLECTIF, *De Gaulle et le Rassemblement du peuple français. 1947-1955*, op. cit., p. 119-125.

¹²⁸⁸ Sur la relation entre les deux présidents du conseil, voir R. KRAKOVITCH, « Charles de Gaulle et Paul Reynaud », in COLLECTIF, *Charles de Gaulle, 1920-1940. Du militaire au politique*, Plon, 2004, p. 371-380.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 378.

¹²⁹⁰ Sur les conditions de son élection et les tractations qui la précédèrent, voir le récit qu'en donne Jean MAMERT in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 5, La Documentation française, 2011, p. 148-149.

B. La nomination des conseillers d'État

La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ne faisait intervenir le Conseil d'État qu'à l'issue du processus rédactionnel : « Le projet de loi arrêté en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État, est soumis au référendum ». Les conseillers furent pourtant présents tout au long du processus (1) avant l'intervention de l'institution (2).

1. Des membres du Conseil d'État au sein du « groupe d'experts » entourant Michel DEBRÉ

230. Le lien entre nominations et naissance de la Cinquième République point à nouveau. La présence de ces hauts fonctionnaires au sein du comité de travail dirigé par Michel DEBRÉ ne fut pas neutre quant à la rédaction des articles relatifs à la compétence de nomination. Elle imprima à la Constitution la marque de cette « autre résistance » :

Cette « autre Résistance », à peine représentée dans les deux assemblées constituantes qui rédigeront la Constitution de la Quatrième République, était essentiellement légiste en esprit. Elle comprenait des administrateurs ou des législateurs commis au service de l'État comme l'étaient les légistes du roi ; mais, adaptés aux temps modernes, ils étaient républicains, d'une variété conservatrice par tempérament¹²⁹¹.

Certes, à travers ces membres, la présence gaullienne transparait encore. Mais à travers eux se manifeste surtout l'influence directe du garde des Sceaux de l'époque qui s'entoura de ceux qui partageaient sa conception parlementaire du régime à façonner¹²⁹². Le « groupe d'experts », composé de dix-neuf personnes toutes issues de l'ENA¹²⁹³, comprenait cinq

¹²⁹¹ N. WAHL, « Aux origines de la Nouvelle Constitution », art. préc., p. 42. L'auteur désigne par l'« autre résistance », le « groupe de technocrates, de hauts fonctionnaires et de professeurs de la Résistance qui s'opposèrent aux idées constitutionnelles de 1945-1946 » (*loc. cit.*).

¹²⁹² Quoique Michel DEBRÉ se considérât lui-même comme le plus fidèle des compagnons de DE GAULLE, leur conception respective du régime à établir diverge sur certains points essentiels en 1958, à commencer par les fonctions respectives du président de la République et du Premier ministre. Ses *Mémoires* rendent compte non seulement de la bataille qu'il mena à cette fin lors de la rédaction du texte constitutionnel de 1958 (voir le chapitre qu'il consacre à « La Constitution » in *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 2 *Agir, op. cit.*, p. 347 et s.) mais encore de sa déception et de son impuissance face à ce qu'il appelle lui-même la « «présidentialisation» du régime » (voir *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 3 *Gouverner*, Albin Michel, 1988, p. 447 et s. La citation est tirée de la p. 447.)

¹²⁹³ Ce groupe de travail comprenait MM. AURILLAC, BELIN, BERTRAND, BOITREAUD, CHANDERNAGOR, DEBRÉ, FOYER, GALICHON, GUÉNA, GUILLAUME, GULDNER, JACOMET, JANOT, LUCHAIRE, MAMERT, PLANTEY, PORTEMER, QUERRIEN, SOLAL-CÉLIGNY. Pour des

membres de droit¹²⁹⁴, des représentants des ministres d'État¹²⁹⁵ et de jeunes membres du Conseil d'État choisis conjointement par Michel DEBRÉ, Yves GUÉNA et Raymond JANOT¹²⁹⁶.

231. Si Michel DEBRÉ et Raymond JANOT étaient à n'en pas douter les « légistes du général¹²⁹⁷ », le premier eut, en tant que garde des Sceaux, la faculté de nommer des collègues et amis auprès de lui. Les membres du cabinet de DEBRÉ jouèrent ainsi un rôle de premier plan. Parmi eux, les plus importants sont Jérôme SOLAL-CÉLIGNY, Yves GUÉNA et Jean MAMERT. Le premier, ami de longue date du garde des Sceaux, le seconda « à tous les stades de la procédure. Il fut successivement secrétaire général de séance du groupe des experts, commissaire du gouvernement auprès du Comité consultatif constitutionnel, rapporteur adjoint devant le Conseil d'État¹²⁹⁸ ». Yves GUÉNA, formé à l'ENA¹²⁹⁹, conseiller technique puis directeur du cabinet de Michel DEBRÉ, était également un gaulliste-résistant de la première heure et fut éminemment influent dans le processus de rédaction¹³⁰⁰. Jean MAMERT enfin, également jeune énarque, fut chargé de mission pour les questions constitutionnelles, avant de devenir chef de cabinet de celui qui devint le premier Premier ministre de la Cinquième République¹³⁰¹.

indications la méthode d'établissement de la liste, voir S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, op. cit., p. 107 et p. 721. Nous n'avons retenu que les membres principalement présents. Certains assistèrent à une seule réunion.

¹²⁹⁴ Il s'agissait de Michel DEBRÉ, Raymond JANOT, Jérôme SOLAL-CÉLIGNY, Jean MAMERT et Roger BELIN (S. LEROYER, *Ibid.* p. 108).

¹²⁹⁵ *Loc. cit.* : « Louis JACQUINOT, Félix HOUPHOUËT-BOIGNY et Michel DEBRÉ désignent respectivement les professeurs François LUCHAIRE, Jean FOYER et Jean PORTEMER. Guy MOLLET et Pierre PFLIMLIN désignent respectivement André CHANDERNAGOR et Erwin GULDNER, tous deux maîtres des requêtes au Conseil d'État ».

Jean FOYER raconte sa désignation in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, op. cit., vol. 5, p. 53-55.

¹²⁹⁶ Ils choisirent de s'entourer de MM. AURILLAC, BERTRAND, BOITREAUD, GALICHON, GUÉNA, GUILLAUME, JACOMET, PLANTEY, QUERRIEN. Voir Michel DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France*, *Mémoires*, t. 2 *Agir*, op. cit., p. 351 et s.

¹²⁹⁷ Selon l'expression de S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, op. cit., p. 87. Sur le parcours de Michel DEBRÉ et ses liens avec le Conseil d'État, voir *ibid.*, p. 87-96 ; sur celui de Raymond JANOT, voir *ibid.*, p. 96-104.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 106. Sa biographie est aussi présentée p. 726. Les *Mémoires* de Michel DEBRÉ confirment les liens d'amitié entre les deux hommes : voir M. DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France*, *Mémoires*, t. 2 *Agir*, op. cit., p. 351.

¹²⁹⁹ Comme le note Séverine LEROYER, la présence d'une jeune garde d'énarques est un moyen pour Michel DEBRÉ de « [récolter] [...], en quelque sorte, les premiers fruits d'un arbre planté quelques années auparavant. Il ne s'agit pas de dire que l'enseignement prodigué à l'ENA était celui de Michel DEBRÉ en personne, *même s'il en a nommé, avec le général de Gaulle, les premiers directeurs* » (S. LEROYER, *ibid.*, p. 109). Nous soulignons à dessein cette mention qui montre la capacité d'influence que portent en elles les nominations.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 106 et, pour sa biographie, p. 723.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 107 et, pour sa biographie, p. 725.

Les autres acteurs étaient, pour la grande majorité, « acquis au gaullisme¹³⁰² ». « Louis BERTRAND, Françoise DULÉRY¹³⁰³ et Jérôme SOLAL-CÉLIGNY [étaient] des amis de la famille DEBRÉ¹³⁰⁴ ». « D'autres avaient déjà été choisis par Michel DEBRÉ à la Libération », tels Georges GALICHON et Michel AURILLAC¹³⁰⁵. Seuls Max QUERRIEN et André CHANDERNAGOR¹³⁰⁶ n'étaient liés ni à DEBRÉ ni au gaullisme¹³⁰⁷. La plupart des membres de ce groupe de travail étaient des légistes convaincus de la nécessité d'abandonner la Quatrième République et beaucoup d'entre eux le firent savoir avant 1958. Michel DEBRÉ indique ainsi avoir apprécié « la fermeté de Jacques BOITREAU » et l'« ardeur de Jean MAMERT » dans « les combats [...] contre la IV^e République »¹³⁰⁸. Jérôme SOLAL-CÉLIGNY avait, quant à lui, participé à un projet de révision en 1956, à la demande de Guy MOLLET¹³⁰⁹. Georges GALICHON avait publié en 1954 un article intitulé « Aspects de la procédure législative en France¹³¹⁰ ». Dès le début des années 40, André JACOMET, lorsqu'il était secrétaire général du ministère de la Guerre, avait « alerté [le] ministre de l'époque sur les difficultés considérables [des] industries d'armement [françaises] », raconte Michel DEBRÉ dans ses mémoires¹³¹¹. Erwin GULDNER avait, pour sa part, critiqué la faible liberté du Gouvernement dans la procédure de révision établie par la Constitution de la Quatrième République¹³¹². La nomination de ces hommes dans le processus de rédaction de la Cinquième République n'est pas neutre. En s'entourant ainsi, DEBRÉ a pu influencer la

¹³⁰² *Ibid.*, p. 112-113.

¹³⁰³ Nous ne l'avons pas retenue dans la liste précédente car elle n'a été présente que lors de la première réunion du groupe de travail (*ibid.*, p. 107).

¹³⁰⁴ *Loc. cit.*

¹³⁰⁵ *Idem.* Voir le récit par Michel AURILLAC des conditions de sa désignation dans le groupe d'experts entourant Michel DEBRÉ, in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 5, *op. cit.*, p. 5-6.

¹³⁰⁶ André CHANDERNAGOR adhéra à la SFIO en 1946. Sur son parcours, voir son témoignage in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 5, *op. cit.*, p. 23-33.

¹³⁰⁷ Jacques BOITREAU, Michel GUILLAUME, André JACOMET et Alain PLANTEY figuraient aussi parmi eux.

¹³⁰⁸ M. DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 2 *Agir*, *op. cit.*, p. 351.

¹³⁰⁹ D. MAUS, « Guy Mollet et l'élaboration de la Constitution de 1958 », in B. MÉNAGER (dir.), *Guy Mollet : un camarade en République*, *op. cit.*, p. 353. André CHANDERNAGOR raconte également les travaux qu'il conduisit avec J. SOLAL-CÉLIGNY à la demande de Guy MOLLET. En ce sens, voir COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 5, *op. cit.*, p. 34 et s.

¹³¹⁰ *RF sc. pol.*, 1954, p. 793-835. Il conclut la première partie de son article très descriptif en énonçant deux voies de réformes possibles : « améliorer les méthodes de travail parlementaire » et « procéder à une répartition plus rationnelle des tâches entre le législatif et l'exécutif » (p. 807). Il développe ensuite la question du travail en commission et le rôle du Gouvernement dans la facture de la loi, en ponctuant de propositions son écrit.

¹³¹¹ M. DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 1 *Combattre*, Albin Michel, 1984, p. 147.

¹³¹² E. GULDNER, « Le rôle du gouvernement dans la procédure de révision de la Constitution de 1946 », *EDCE*, 1957, p. 41 *sq.* cité par S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 107.

transition constitutionnelle avant que n'intervienne le Conseil d'État lui-même, en tant qu'institution.

2. Le rôle de l'institution

232. Le risque était grand de voir la complicité active de quelques membres gaullistes rejaillir sur l'institution tout entière, et de voir ainsi le Conseil d'État débiter dans le nouveau régime en étant intimement attaché à la personne du général [...]. Dès lors, tout le défi du Conseil d'État durant la transition constitutionnelle de 1958, va consister à montrer que, derrière les apparences, au service d'un homme, il restait en réalité dans sa vocation naturelle et intemporelle, au service de l'État¹³¹³.

Le secrétaire général du Gouvernement, Roger BELIN et le Vice-président du Conseil d'État, René CASSIN¹³¹⁴, incarnent à eux seuls la recherche permanente et difficile d'un équilibre entre autonomie de l'institution, service de l'État et convictions personnelles. Les échanges de lettres entre René CASSIN et le général DE GAULLE l'illustrent parfaitement :

Général, si mes fonctions de magistrat me vouent au silence, le combattant anxieux du sort de la France, l'ancien, et fidèle compagnon qui continue à sentir les vibrations de la nation, a la conviction que, dans une large portion, celle-ci a confiance en votre arbitrage et pour les affaires algériennes et pour assainir notre régime politique, dans le respect de la République¹³¹⁵.

233. Cette tension traverse les travaux du Conseil d'État officiellement réuni en août 1958 pour se prononcer sur le projet de Constitution. La procédure d'examen suivit deux phases. D'abord, une commission spéciale se réunit avant que l'Assemblée générale n'examinât le texte. La commission spéciale était composée des présidents des sections consultatives – Georges MICHEL, Pierre JOSSE, Charles BRASART, Roger LATOURNERIE – et présidée par René CASSIN. En sus de ces membres, sept conseillers d'État furent à nouveau désignés

¹³¹³ S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 150.

¹³¹⁴ Rappelons que René CASSIN, ancien compagnon de DE GAULLE, fut nommé Vice-président du Conseil d'État par le président du GPRF, le 23 décembre 1944. Les liens entre René CASSIN et le général sont très bien restitués par C. TEITGEN-COLLY, « René Cassin, Vice-président du Conseil d'État », *RDP*, 2011, p. 15 et s. Voir aussi B. DUCAMIN, « René Cassin, inspirateur des réformes du droit », in A. LARCAN et Ph. OULMONT (dir.), *Charles de Gaulle et la justice*, *op. cit.*, p. 33-41.

Il ne faut pas pour autant conclure au gaullisme-politique de R. CASSIN (en ce sens, voir S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 152 et s.).

¹³¹⁵ Lettre de René CASSIN au général DE GAULLE, 18 mai 1958, in *Correspondance de René Cassin relative au retour au pouvoir du général de Gaulle*, Fonds René Cassin, Arch. nat. 382 AP 103 (A), cité par S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 83.

par le Gouvernement : messieurs BLOCQ-MASCART¹³¹⁶, BURNAY, FARAT, JOUANY, MARTIN, MASPÉTIOL, SABATIER et RACINE. Là encore, la proximité de certains de ces derniers avec DE GAULLE, DEBRÉ ou le gaullisme est notable.

Parmi eux, Michel DEBRÉ entretenait des rapports privilégiés avec Pierre RACINE au sujet duquel il écrira : « Pierre RACINE, homme de compétence et homme de cœur, mon sage et principal soutien lorsque je fus Premier ministre et toujours à mes côtés par la suite¹³¹⁷ ». Le projet fut préalablement soumis à un rapporteur général, André DESCHAMPS, ancien résistant, membre de l'organisation civile et militaire de la résistance (OCM), entré au Conseil d'État par le tour extérieur en 1944¹³¹⁸. Celui-ci était épaulé de deux rapporteurs : Jérôme SOLAL-CÉLIGNY et Marcel MARTIN.

Les nominations auxquelles procédèrent DEBRÉ et DE GAULLE et qui jalonnèrent la phase d'écriture de la Constitution furent un moyen certain, pour eux, d'influencer les débats conformément au projet qu'ils portaient. Elles expliquent aussi la tension qui traverse le texte constitutionnel et le compromis qu'il recèle. Dans la mesure cependant où elle comporte les traits essentiels du parlementarisme, la Constitution de 1958 institua, avant tout, un régime parlementaire faisant droit à la conception du régime parlementaire que soutenait Michel DEBRÉ. Cependant, la seconde phase – celle de la « mise en place des institutions » – fait apparaître la mainmise directe du dernier président du Conseil de la Quatrième République sur la distribution de la compétence de nomination entre président de la République et Premier ministre.

§2. L'influence des nominations sur l'élaboration des premières normes de concrétisation

234. Entendu au sens large, le processus constituant de 1958 ne peut être appréhendé indépendamment des ordonnances adoptées sur le fondement de l'article 92 de la

¹³¹⁶ M. BLOCQ-MASCART était déjà membre du Comité consultatif constitutionnel.

¹³¹⁷ M. DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 1, *op. cit.*, p. 137.

¹³¹⁸ S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 143.

Constitution. Dans cette seconde phase, la conception gaullienne de l'État et de la présidence s'affirme nettement, contre celle de DEBRÉ. Les nominations n'y sont pas étrangères.

Dès l'origine, l'article 13 de la Constitution et son pendant, l'article 21, furent soumis à la critique. Peu après la promulgation de la nouvelle Constitution, lors des discussions de l'assemblée générale du Conseil d'État le 29 octobre 1958, le rapporteur PÉPY affirma devant ses confrères : « Il y a donc entre ces deux textes [*articles 13 et 21*] une certaine contrariété ou plutôt une certaine difficulté de conciliation qui n'a pas échappé à votre assemblée, lorsque vous aviez examiné le projet de Constitution qui n'en a pas moins été maintenue lors des discussions finales qui ont abouti au texte que vous avez sous les yeux¹³¹⁹ ». Ces deux articles seraient, sinon contradictoires, du moins difficilement conciliables. L'ordonnance organique du 28 novembre 1958 adoptée pour l'application de l'article 13 de la Constitution favorise très nettement la primauté présidentielle sur les nominations, faisant perdre son sens à l'habilitation que le Premier ministre tient de l'article 21. Les conditions d'élaboration de ce texte permettent de mieux comprendre comment DE GAULLE a pu directement agir en ce sens (A). La présidentialisation ne put que le suivre, une fois installé à l'Élysée (B).

A. L'écriture de l'ordonnance de 1958 concernant les emplois civils et militaires de l'État

235. Dans ses mémoires, Roger BELIN indique qu'il fut chargé de rédiger la future ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 *portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État* :

Je présente au général, deux versions, l'une qui limite le pouvoir de nomination du Président à un petit nombre d'emplois importants, laissant ainsi au Premier ministre un pouvoir de nomination étendu ; l'autre, en revanche, qui réduit sensiblement le domaine réservé au Premier ministre. Comme je m'y attends, le général n'hésite pas à choisir la seconde et la modifie de telle sorte que le Premier ministre n'a plus que la possibilité de recevoir une délégation pour pouvoir procéder à des nominations, délégation qu'en fait il ne recevra pas¹³²⁰.

¹³¹⁹ COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 735.

¹³²⁰ R. BELIN, *Lorsqu'une République chasse l'autre (1958-1962)*, *op. cit.*, p. 68.

Son témoignage révèle le rôle du général DE GAULLE dans la détermination de sa propre compétence à venir : il « a fait pencher la balance en faveur du [président de la République], au moyen de dispositions dont la constitutionnalité est parfois douteuse¹³²¹ ». Certes il n'était pas encore président de la République, mais il est notoire que, à cette époque, il entendait déjà s'installer au palais de l'Élysée¹³²². Le témoignage de Roger BELIN confirme ainsi l'idée selon laquelle : « le général DE GAULLE [...] a tenu à mettre en place lui-même et de façon autoritaire les institutions de la V^e République¹³²³ ». Il le fit en usant des relais qu'il s'était donnés par l'exercice du pouvoir de nomination à partir de juin 1958. Le panoptisme était déjà à l'œuvre.

Dans le projet du premier texte de concrétisation de l'article 13, la conception parlementaire de la compétence de nomination, favorable au Premier ministre, est manifestement écartée. L'ambition gaullienne ne fut pas déçue lors de l'examen du projet d'ordonnance devant le Conseil d'État.

236. En dépit de la conception essentiellement parlementariste du régime qui était la sienne, Raymond JANOT soutint, lors des débats de l'assemblée générale du Conseil d'État sur le projet d'ordonnance¹³²⁴, la rédaction choisie par le Gouvernement et y défendit âprement les vues du général en matière de nomination¹³²⁵.

Le texte du Gouvernement disait : « sous réserve des dispositions de l'article précédent, l'exercice au pouvoir de nomination d'emplois civils et militaires de l'État peut être délégué au Premier ministre » ; autrement dit, l'objet de ce texte, dans la pensée du Gouvernement, c'est de

¹³²¹ J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 658.

¹³²² Par exemple, A. PHILIP, « Pour une révision », *Le Monde*, 20 septembre 1958 : « En fait, bien que la Constitution ne prévoie pas l'élection du président au suffrage universel, ceux qui voteront "oui" le 28 septembre éliront de Gaulle président de la République ». Rappelons que De Gaulle fut élu le 28 décembre 1958 ce qui fut proclamé par le Conseil d'État le 8 janvier 1959 (*JORF* du 9 janvier 1959, p. 673).

¹³²³ A.-M. LE POURHIET, *L'Article 92 de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 25.

¹³²⁴ Deux commissaires du Gouvernement étaient chargés de représenter la présidence du conseil lors du débat sur le projet d'ordonnance : Raymond JANOT et Justin MARCEL. Aucune des interventions du second n'est mentionnée dans le compte rendu des débats retranscrit in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, op. cit., p. 735-742.

¹³²⁵ Rappelons toutefois que Raymond JANOT était initialement favorable à un régime présidentiel (au sens strict du terme) mais fut convaincu par DE GAULLE de l'inadéquation d'un tel régime pour la France : « J'étais partisan, à tort reconnaît-il aujourd'hui, d'un régime présidentiel et le général m'a démontré qu'un régime parlementaire rationalisé avec un bon droit de dissolution donnait plus de pouvoir au président qu'un régime présidentiel. Et c'est vrai. Parce qu'avec un régime présidentiel, compte tenu de l'état d'esprit des Français, cela aurait abouti chaque année à un blocage au moment du vote du budget comme cela se passe aux USA où cela ne se résout que par un parlementarisme de couloir. Il m'a convaincu. C'est le seul point sur lequel il y eut, très peu de temps, désaccord » (F. SAUVADET, *Raymond Janot, un itinéraire vers l'essentiel*, p. 66 cité par de S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, op. cit., p. 103).

fixer dans les articles qui précèdent ce qui appartient nécessairement au président de la République et ensuite, pour le reste, de laisser au président de la République comme c'est conforme à l'esprit de la Constitution, comme il l'entend, de déléguer ce qu'il voudra au Premier ministre¹³²⁶.

La commission spéciale du Conseil d'État avait modifié le projet gouvernemental en prévoyant une délégation de principe au bénéfice du Premier ministre pour tous les emplois non mentionnés à l'article 13 de la Constitution et aux deux premiers articles de la future ordonnance n°58-1136. Le président de la République n'aurait alors signé que les nominations pourvues par décret délibéré en Conseil des ministres et les quelques hypothèses de nominations par décret simple visées dans l'ordonnance. Raymond JANOT refusa une telle rédaction. Pour lui, il était nécessaire de maintenir le système selon lequel le Premier ministre tient sa compétence de nomination exclusivement d'une délégation présidentielle¹³²⁷.

237. La discussion que suscita ce texte illustre à nouveau la tension qui traverse le processus d'élaboration des institutions : des conceptions opposées continuèrent de s'affronter. Le conflit se résolut au bénéfice du président de la République. Le phénomène d'auto-habilitation¹³²⁸ trouve dans les nominations auxquelles procéda DE GAULLE son explication première. Quelques semaines après son entrée en vigueur, la Constitution est méconnue au point de faire échec à la compétence primo-ministérielle de nomination. Dès l'adoption de l'ordonnance n°58-1136, l'interprétation présidentialiste du régime est affirmée et ne se démentira pas. Tandis que la Constitution confère au Premier ministre, ne serait-ce que par son contreseing, une compétence de nomination insigne, l'ordonnance de concrétisation de novembre 1958 le dépouilla de sa compétence. Les nominations elles-mêmes, auxquelles il fut procédé au cours du processus de rédaction de la Cinquième République comme dans les premiers mois du régime, eurent directement une influence sur l'affermissement de la place

¹³²⁶ R. JANOT, commissaire du Gouvernement devant la commission spéciale du Conseil d'État, COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 739. Il ajoutait : « La commission [du Conseil d'État] a profondément changé ce système [...] parce qu'en fait cela aboutit à retirer l'initiative au président de la République. Sans doute pourra-t-on dire qu'il lui sera toujours possible de dire : "je ne délègue pas"; il se trouvera dans une situation assez inconfortable et tout à fait à l'opposé de ce qui caractérise la situation du président de la République dans la Constitution. C'est pourquoi je vous demande donc le maintien, le retour au texte du Gouvernement car nous ne pouvons pas accepter l'analyse qui a été faite par M. le rapporteur du texte du Gouvernement qui consistait à dire que, finalement, dans l'État, le président de la République aurait des pouvoirs, les ministres également, mais pas le Premier ministre ».

¹³²⁷ « Le Premier ministre aura des pouvoirs de nomination réglementaire considérables qui ne sont pas en cause, mais ceux qui lui auront été donnés par le Président et cela est extrêmement important, ceci se lie à cette attribution du Président qui consiste à nommer le Premier ministre » (*loc. cit.*).

¹³²⁸ Sur l'auto-habilitation, voir *supra* p. 220 et s.

du président de la République dans les institutions naissantes. De ce point de vue, l'étude du rôle des nominations dans le processus constituant est riche d'informations. D'une part, cette analyse peut contribuer à expliquer la tension qui semble traverser le texte constitutionnel entre une conception présidentialisante de la compétence de nomination et une conception primo-ministérielle. D'autre part, cette étude montre que DE GAULLE et DEBRÉ expérimentèrent une pratique des nominations, se forgèrent aussi une conception de leurs fonctions avant même que la Cinquième République ne fût proclamée. L'institutionnalisation des rôles de Premier ministre et de président de la République qui allait aboutir à la présidentialisation du système politique était déjà en cours. Elle ne se démentit pas à l'arrivée de DE GAULLE à l'Élysée.

B. La « doctrine TRICOT » des nominations

238. Pierre RACINE rend compte de la façon dont le Président DE GAULLE, parvenu à l'Élysée, a pu maîtriser ce qu'allaient devenir les rapports entre président de la République et Premier ministre, dès les premiers instants de la Cinquième République naissante. Celui qui était à l'époque directeur de cabinet du Premier ministre indique que Bernard TRICOT, l'un des conseillers du président de la République, avait été chargé :

D'établir une définition précise des emplois qui, sans être délibérés en Conseil des ministres, seraient pourvus par décret signé, non seulement du Premier ministre, chef de l'Administration, mais aussi par le président de la République, ou au contraire, de ceux qui le seraient par le Premier ministre sur délégation du chef de l'État¹³²⁹.

Devant la longueur de la liste des nominations pourvues par décret présidentiel simple qui lui était présentée, le directeur de cabinet de M. DEBRÉ émit quelques inquiétudes. Finalement, ils renoncèrent à l'idée de dresser une telle liste, décidant de fonder :

¹³²⁹ P. RACINE, « Les rapports entre le président de la République et le Premier ministre. Janvier 1959-Avril 1962 », in COLLECTIF, *De Gaulle et ses premiers ministres*, Plon, coll. « Espoir », 1990, p. 40.

Avec le secrétariat général de l'Élysée et celui du Gouvernement, une pratique qui respecterait, à la fois, les responsabilités du Premier ministre et le souci de l'Élysée de donner la consécration du chef de l'État aux nominations qui mériteraient son intervention¹³³⁰.

Ces échanges – entre ceux-là mêmes qui écrivirent le texte constitutionnel – attestent la volonté de l'Élysée de s'approprier cette compétence. Ainsi naquit un versant moins connu de la « doctrine TRICOT¹³³¹ » ; versant relatif aux nominations. Selon Roger BELIN, dès son arrivée à l'Élysée, DE GAULLE jugea que la Constitution « sous l'influence de Debré et pour tenir compte de la sensibilité des grands partis politiques, [avait] fait la part trop belle au système parlementaire et que l'habit qu'elle [avait] taillé pour le président de la République [était] quelque peu étroit. Il [réagit donc] rapidement¹³³² ».

Effectivement, par son intervention directe, telle que la rapporte Roger BELIN, et par une influence plus indirecte et diffuse, comme en témoignent Pierre RACINE et Raymond JANOT, le Président DE GAULLE a pu capter l'habilitation bénéficiant au Premier ministre. Par le truchement des personnes qu'il nomma il put s'assurer que la rédaction de l'ordonnance n°58-1136 relative aux nominations fût conforme à ses souhaits résolument favorables au président de la République et imposa au Premier ministre une pratique résolument présidentialisante en matière de nomination.

239. Au stade constituant, l'effet panoptique des nominations fut particulièrement puissant. La conception et la pratique gaulliennes du pouvoir de nomination ne rejaillirent pas tant sur les dispositions constitutionnelles que sur leur concrétisation et sur la pratique du pouvoir. Et cette deuxième étape décisive fut un moyen pour DE GAULLE d'assurer sa prééminence sur DEBRÉ aux premiers jours de la Cinquième République. Tel est bien l'objet de la démonstration : les nominations expliquent la précellence présidentielle, la fondent et l'entretiennent. Selon Raymond JANOT, comme pour bien d'autres observateurs, ceci tiendrait en tout premier lieu « à cette attribution du Président qui consiste à nommer le

¹³³⁰ *Idem.*

¹³³¹ Bernard TRICOT a donné son nom à la doctrine éponyme qui consistait à soumettre à la signature du président de la République, en dehors du Conseil des ministres, les décrets réglementaires dans des domaines que l'Élysée jugeait importants. Pour un récit de la naissance de cette pratique, voir G. CHAUDRON DE COURCEL, « Les rapports entre le président de la République et le Premier ministre du début de 1959 aux premiers jours de 1962 », *in ibid.*, notam. p. 28. Dans ses mémoires, le conseiller TRICOT écrit : « Beaucoup de décrets qui ne passent pas en Conseil des ministres concernent des domaines où le Président a, en vertu de la Constitution, des responsabilités particulières. Qu'il ne les signât pas eût été à la fois conforme à la lettre et contraire à l'esprit de la constitution » (B. TRICOT, *Les Sentiers de la paix*, Plon, 1972, p. 134). Pour des développements à ce sujet, voir S. LEROYER, *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, *op. cit.*, p. 471 et s.

¹³³² R. BELIN, *Lorsqu'une République chasse l'autre (1958-1962)*, *op. cit.*, p. 76.

Premier ministre¹³³³ ». L'effet panoptique que recèle le pouvoir de nomination est ici à l'œuvre de façon très manifeste.

SECTION 2. LE RÔLE DES NOMINATIONS DANS L'ÉVOLUTION DE L'HABILITATION PRÉSIDENTIELLE

240. L'étude des normes habilitant le président de la République à nommer a permis de révéler l'ampleur de la compétence et l'importance des postes pourvus. Or, l'obédience à laquelle confine parfois le bénéficiaire (et parfois l'espoir) d'une nomination peut avoir une double conséquence sur la compétence de nomination elle-même : d'une part, une influence sur l'exercice de la compétence de nomination qui permet une transgression indirecte des normes d'habilitation ; d'autre part, une influence directe sur la ductilité de la compétence de nomination elle-même. Par ses nominations, le président de la République peut étendre son pouvoir de nomination : il peut nommer (édicter des actes de nomination) et désigner (choisir les bénéficiaires des nominations) sans habilitation ou en vertu d'une habilitation fautive. Ce mécanisme qui opéra dans le processus constituant perdura après la promulgation de la Constitution de 1958 et l'élaboration de ses premières normes de concrétisation. En ce sens, « l'extension toujours aggravée de la mainmise d'un président incontrôlable sur les nominations est à la fois une conséquence de sa surpuissance au début de la V^e République et une cause de son omnipotence croissante¹³³⁴ ». Cette circularité caractérise le *conatus* du pouvoir de nomination¹³³⁵.

Bien des cas pourraient être étudiés qui serviraient cette démonstration¹³³⁶. Cependant, trois exemples semblent particulièrement topiques pour montrer la « captation présidentielle¹³³⁷ »

¹³³³ R. JANOT, commissaire du Gouvernement devant la commission spéciale du Conseil d'État, COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1, *op. cit.*, p. 739.

¹³³⁴ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 469.

¹³³⁵ B. SPINOZA, *Éthique*, *op. cit.*, p. 258 (III ; prop. VI) et P. BOURDIEU, *Sur l'État. (...)*, *op. cit.*, p. 419.

¹³³⁶ Outre les pages précédentes qui fournissent un certain nombre d'exemples, nombre d'auteurs ont déjà pu souligner les conséquences de certaines nominations présidentielles : les nominations des juges judiciaires, administratifs, financiers, des membres du Conseil constitutionnel, nomination des membres d'autorités administratives indépendantes et même nomination dans les médias peuvent créer un réseau d'influence présidentielle. Pour une synthèse, voir B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e*

du pouvoir de nomination. Le président de la République peut influencer favorablement l'étendue de sa compétence de nomination en nommant ceux qui peuvent l'habiliter. Pour cette raison, les nominations touchant au Gouvernement (§1), au Parlement (§2) et, indirectement, au pouvoir constituant (§3) méritent une particulière attention.

§1. La nomination du Gouvernement

241. Jean-Claude COLLIARD avait intitulé son article aux *Mélanges* dédiés à Pierre AVRIL : « L'élection du Premier ministre et la théorie du régime parlementaire ¹³³⁸ ». Si l'expression surprend de prime abord, elle n'est pas dénuée de raison. Arnel LE DIVELLEC, en particulier, insiste sur l'idée que le parlementarisme se caractérise d'abord par la fonction élective du Parlement ¹³³⁹. S'agissant de la Cinquième République, le professeur écrit cependant que « le corset imposé au Parlement depuis 1958 n'est, en définitive, acceptable que si le Gouvernement est vraiment une création de la majorité parlementaire (on pourrait ajouter : sans interférence présidentielle, mais laissons cela) et se comporte réellement comme

République (...), op. cit., p. 83 et s. (du PDF disponible en ligne).

Pour une comparaison des modes de nomination des magistrats administratifs et judiciaires : J. MARCHAND, « Le recrutement des juges en France », *Revue générale de Droit*, n°36, 2006, p. 676-688. Les nominations des membres du Conseil constitutionnel ont, elles aussi, fait l'objet de nombreuses études discutant l'influence des nominations sur l'indépendance des membres et sur les décisions rendues. Voir en particulier J. THOMAS, *L'Indépendance du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 133 et s. Le titre second de la première partie de la thèse de l'auteur est consacré à « l'apparence de dépendance des membres du Conseil constitutionnel ». Pour une étude des rapports entre le pouvoir politique et les juges (judiciaires, administratifs et constitutionnels), voir P. JAN, « Justice, juges et pouvoir », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire, op. cit.*, p. 153-165. Voir aussi les rapports publiés par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe qui fournissent de précieux éléments de droit comparé quant aux nominations des juges judiciaires et constitutionnels ; voir en particulier : Rapport CDL-AD(2007)028-f, *Nominations judiciaires* (Rapport adopté par la Commission de Venise lors de sa 70^e session plénière [Venise, 16-17 mars 2007]) et Rapport CDL-STD(1997)020-f, *La composition des cours constitutionnelles - Science et technique de la démocratie*, n°20 (1997) (disponibles sur le site internet de la commission). Quant aux nominations des juges judiciaires, administratifs et financiers, voir É. LESTRADE, *Les Principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, thèse dact., Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, p. 184 et s.

Quant aux nominations dans les médias, l'ouvrage de S. HALIMI nous semble la meilleure démonstration, à charge certes, mais d'une efficacité redoutable des liens entre nominations et maîtrise de l'information : S. HALIMI, *Les Nouveaux chiens de garde*, Raisons d'agir éditions, 2005, 155 p.

¹³³⁷ A. LE DIVELLEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », art. cité, p. 350.

¹³³⁸ J.-C. COLLIARD, in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 517-531.

¹³³⁹ Sur cette idée déjà citée et étudiée, voir *supra* p. 13 (pour la définition) et surtout p. 134 et s.

tel¹³⁴⁰ ». Pour démontrer l'existence, les caractéristiques et le fonctionnement du « parlementarisme négatif¹³⁴¹ » français, l'auteur écarte de son analyse ce qu'il nomme « l'interférence présidentielle », après avoir énoncé que « l'explication par l'hégémonie politique du chef de l'État n'explique pas tout, car le problème demeure en cohabitation¹³⁴² ». Si elle n'explique pas tout, elle affecte pourtant de façon majeure le système politique français et le pouvoir de nomination contribue à asseoir l'hégémonie du président de la République, même en période de cohabitation. L'auteur lui-même soulignera dans un article ultérieur que l'exercice effectif du choix du Premier ministre par le président de la République « est [considéré] comme une véritable “norme” constitutionnelle, au point même de figurer à la première place sur le collier des révérences envers la présidence¹³⁴³ ».

L'étude de l'habilitation présidentielle a montré combien est prégnante la compétence du Gouvernement dans la distribution des compétences de nomination et combien en droit son pouvoir de désignation est insignifiant. Le double phénomène de l'influence des nominations sur l'extension de la compétence de nomination et sur son exercice est particulièrement remarquable à partir de l'étude de la nomination du Gouvernement.

242. Par la nomination du Premier ministre, le président de la République peut, d'abord, s'appropriier le pouvoir de désignation des ministres relevant pourtant du chef du Gouvernement, à raison de son contreseing. En l'occurrence, cela ne modifie pas les normes d'habilitation mais l'exercice de l'habilitation et contribue durablement à la captation du pouvoir. Pareillement, en s'appropriant la désignation des ministres, le président de la République peut influencer l'exercice du pouvoir de nomination qui leur incombe. Là encore, le président de la République ne modifie pas directement les normes d'habilitation : il s'approprie l'exercice de compétences dont il n'est pas le destinataire. Mais, par la nomination du Premier ministre et des ministres, le président de la République s'assure aussi la maîtrise de la décision gouvernementale : « le ministère est en réalité la chose du

¹³⁴⁰ A. LE DIVELLEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », art. cité, p. 357.

¹³⁴¹ Rappelons que le professeur LE DIVELLEC définit le « parlementarisme négatif » comme le système de Gouvernement qui « n'impose qu'une faible légitimation du gouvernement et de ses actions par le parlement, si bien que ce dernier n'exerce qu'une influence négative » (« Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) »), art. cité, p. 12 du PDF).

¹³⁴² *Ibid.*, p. 356.

¹³⁴³ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) »), art. cité, p. 17 (du PDF disponible en ligne).

Président¹³⁴⁴ ». Ce faisant, le chef de l'État dispose d'un levier pour élargir le champ d'application de son habilitation à nommer, notamment en maîtrisant l'édiction de décrets en Conseil des ministres ayant un tel objet.

243. Le premier élément majeur permettant de démontrer l'assujettissement du Gouvernement auquel peut confiner la compétence de nomination du président de la République tient à la nomination du Premier ministre. « La subordination du Premier ministre découle de sa création », écrit Olivier DUHAMEL¹³⁴⁵. En dépit du texte constitutionnel, les acteurs du jeu politique, en particulier le président de la République, et nombre d'auteurs considèrent que « le Premier ministre procède du président de la République¹³⁴⁶ » et non du Parlement¹³⁴⁷. Pour l'exprimer, Jean GICQUEL choisit le vocabulaire de la féodalité : « le Premier ministre dans la pratique de la V^e République est avant tout un *féal*, non un rival, un collaborateur, non un compétiteur du Président¹³⁴⁸ ». Exceptant les Premiers ministres de cohabitation, Hugues PORTELLI affirme pour sa part que :

Traditionnellement, on distingue [les Premiers ministres] des débuts de mandat présidentiel, où le président nomme celui qui symbolise le mieux la coalition qui l'a soutenu au second tour, tandis qu'il nomme des personnalités qui lui sont dévouées dans la seconde moitié du septennat¹³⁴⁹.

L'auteur montre que cette affirmation n'est que partiellement vérifiée, ce qui ne suffit cependant pas à l'écartier complètement¹³⁵⁰. Au surplus, même la nomination de celui qui

¹³⁴⁴ P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel. La notion de chef d'État*, op. cit., p. 443.

¹³⁴⁵ O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 2009, p. 573. Cf. notamment J. DONNEDIEU DE VABRES, « Les rapports entre le président de la République et le Premier ministre. Avril 1962-Novembre 62 », in COLLECTIF, *De Gaulle et ses premiers ministres*, op. cit., p. 91 : « le choix du Premier ministre contribuait à renforcer la primauté présidentielle ».

¹³⁴⁶ L'expression se retrouve sous la plume de nombreux auteurs et dans les discours, communiqués ou interviews de bien des présidents de la Cinquième République. Pour n'en citer qu'un, voir C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. 1, op. cit., p. 35. En doctrine, voir notam. P. AVRIL, *Le Régime de la V^e République*, LGDJ, 4^e éd., 1979, p. 36 et s. ; D. MAUS, « La Constitution jugée par sa pratique. Réflexions pour un bilan », art. cité, p. 877.

¹³⁴⁷ P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel. La notion de chef d'État*, op. cit., p. 442 et s. L'auteur rappelle que dans « une allocution radiodiffusée du 30 janvier 1959, le général de Gaulle a fortement souligné les conditions de l'investiture [du Gouvernement DEBRÉ] : "J'ai nommé un Gouvernement que j'estime digne et capable" [...]. Le rôle personnel du président est ainsi nettement accusé. Il n'est fait nulle référence à la nécessité que cette désignation soit conforme au sentiment public exprimé par le parlement » (p. 443).

¹³⁴⁸ J. GICQUEL, *Essai sur la pratique de la V^e République : bilan d'un septennat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1968, p. 122 (nous soulignons).

¹³⁴⁹ H. PORTELLI, « Les Premiers ministres : essai de typologie », *Pouvoirs*, n°83, 1997, p. 22.

¹³⁵⁰ Dans le même sens et avec la même nuance, J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la V^e République*, op. cit., p. 549 ; J.-C. COLLIARD, « Que peut le président ? », art. cité, p. 17 et P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, op. cit., p. 134.

représente « le mieux la coalition » n'exclut pas qu'il s'agisse d'un fidèle¹³⁵¹. Globalement, la révérence attendue conditionne le choix des Premiers ministres que la déférence à l'égard du président de la République caractérise. Qu'il s'agisse des Premiers ministres gaulliens¹³⁵², de ceux qui furent nommés par Georges POMPIDOU¹³⁵³, Valéry GISCARD D'ESTAING¹³⁵⁴,

¹³⁵¹ Au sujet de ces Premiers ministres des « débuts de mandat » qui seraient plus « politiques » mais, pour certains, fidèles au président de la République, voir J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la V^e République*, loc. cit. : « Debré en 1959, fort de convictions, de colères mais aussi de fidélité, Pompidou en 1966 déjà second et pas encore dauphin, Chaban en 1969, moderne de l'époque et père de la nouvelle société, Chirac en 1974, jeune alors, déjà énergique, pas encore parisien, Mauroy en 1981, dont le beffroi lillois incarnait la tradition socialiste, Rocard en 1988, permanent rival, idole de la deuxième gauche, dont le tour avait fini par venir, Juppé en 1995, déjà au-dessus de la mêlée, et même Raffarin en 2002, qui avait su inventer la France d'en bas ».

¹³⁵² Sur la nomination de DEBRÉ, voir le récit que livre le Premier ministre lui-même in *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 3 *Gouverner*, op. cit., p. 11 et s.

La nomination de Georges POMPIDOU en 1962 fut analysée par certains observateurs comme un « acte d'autorité » (P. VIANSSON-PONTÉ, « M. Debré s'apprête à offrir sa démission au président de la République », *Le Monde*, 11 avril 1962) par lequel le président de la République nomma son « fondé de pouvoir » (M. DUVERGER, « Ne pas ressusciter le système de Weimar », *Le Monde*, 14 mai 1962). G. POMPIDOU fut directeur de cabinet de Charles DE GAULLE de juin à décembre 1958, avant d'être nommé en février 1959 au Conseil constitutionnel. Comme l'écrivit Raymond BARRILLON dans le journal *Le Monde*, « Le remplacement à l'hôtel Matignon d'un ancien parlementaire par un "grand commis" modifierait sûrement dans le sens d'une fidélité et d'une dépendance plus grande encore les rapports qui existaient depuis le début de 1959 entre le premier ministre et le président de la République » au risque de « "déparlementariser" un peu plus la V^e République » (R. BARRILLON, « Le remplacement de M. Michel Debré par M. Georges Pompidou marquera une nouvelle phase du régime », *Le Monde*, 12 avril 1962).

La même dépendance du Premier ministre à l'égard du chef de l'État fut soulignée quant à la nomination de Maurice COUVE DE MURVILLE à Matignon. Alain CLAISSE le présente comme l'« ombre du Général » (A. CLAISSE, *Le Premier ministre de la V^e République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1972, p. 57). Voir aussi P. VIANSSON-PONTÉ, « La désignation de M. Couve de Murville comme premier ministre doit intervenir à l'issue du conseil de mercredi », *Le Monde*, 10 juillet 1968. Dans cet article, le journaliste évoque la « fidélité disciplinée » du futur Premier ministre ; il présente aussi les ministres comme les « collaborateurs » du chef du Gouvernement. Néanmoins, M. COUVE DE MURVILLE avait été élu député peu avant sa nomination au poste de Premier ministre. Voir aussi le témoignage de B. TRICOT in COLLECTIF, *De Gaulle et ses premiers ministres*, op. cit., p. 128-149 et en particulier p. 140-145 et p. 149 et celui de Bruno DE LEUSSE, p. 150-152 (Bruno DE LEUSSE était directeur de cabinet de M. COUVE DE MURVILLE sur la période 1968-1969).

¹³⁵³ La nomination de Jacques CHABAN-DELMAS au poste de Premier ministre fut marquée par la conception d'un chef du Gouvernement collaborateur du président de la République. Sur leurs rapports, voir J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la V^e République*, op. cit., p. 182-191 ; N. CASTAGNEZ-RUGGIU, A. LEBOUCHER-SEBBAB, « Les relations entre le Premier ministre et le président de la République : une question toujours débattue », in J.-P. COINTET et alii, *Un politique : Georges Pompidou*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2001, p. 127 et s. ; D. MAUS, « Georges Pompidou et la logique de la V^e République », in J.-P. COINTET et alii, *Un politique : Georges Pompidou*, op. cit., p. 100-102.

Mais les conflits qui apparurent tôt entre le président de la République et le Premier ministre conduisirent POMPIDOU à « reprendre en main » sur la composition du Gouvernement en nommant Pierre MESSMER (tels sont en substance les termes de J. CHAPSAL cité in N. CASTAGNEZ-RUGGIU, A. LEBOUCHER-SEBBAB, « Les relations entre le Premier ministre et le président de la République : une question toujours débattue », art. cité, p. 135). Quelques mois après cette nomination, Pierre VIANSSON-PONTÉ écrivit dans les pages du *Monde* : « Il n'y a plus de premier ministre ou plutôt le premier ministre s'appelle Georges POMPIDOU » (P. VIANSSON-PONTÉ, « Établir le régime présidentiel », *Le Monde*, 7 septembre 1972).

¹³⁵⁴ En dépit de sa rupture retentissante avec le président de la République, Jacques CHIRAC avait initialement accepté le principe de la primauté présidentielle. L'idée apparaît notamment dans l'article de D. MAUS, « Les rapports de Valéry Giscard d'Estaing avec ses gouvernements (1974-1981) », in S. BERSTEIN, R. RÉMOND et J.-F. SIRINELLI (dir.), *Les Années Giscard. Institutions et pratiques politiques (1974-1978)*, Fayard, coll. « Nouvelles études contemporaines », 2003, p. 113-135.

François MITTERRAND¹³⁵⁵, Jacques CHIRAC¹³⁵⁶, Nicolas SARKOZY¹³⁵⁷ ou François HOLLANDE¹³⁵⁸, la loyauté commanda souvent aux choix présidentiels¹³⁵⁹. Les présidents de

¹³⁵⁵ Le choix par le Président MITTERRAND de ses Premiers ministres – exceptés les « trois » Premiers ministres de cohabitation comme le suggère avec humour le conseiller Renaud DENOIX DE SAINT MARC (voir p. 581 de la présente thèse) – fut également commandé par la fidélité. Pierre MAUROY, porte-parole du candidat socialiste, nommé Premier ministre en mai 1981, aurait été « récompensé » pour la victoire qu'il a permise à MITTERRAND en 1971 au congrès d'Épinay (H. PORTELLI, « Les Premiers ministres : essai de typologie », art. cité, p. 22). Voir, aussi J. LE GALL, *Les Institutions de la V^e République à l'épreuve de l'alternance : la présidence de François Mitterrand*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1997, p. 54. Commentant la nomination de P. MAUROY, J.-M. COLOMBANI écrivit à l'époque : « Il s'agissait moins, pour M. Mitterrand, de nommer un homme susceptible de faire écran entre l'opinion et le chef de l'État (le premier ministre polarisant le mécontentement) que de disposer d'une personnalité apte à relayer et appliquer le message présidentiel » (J.-M. COLOMBANI, « Deux hommes de tradition populaire », *Le Monde*, 22 mai 1981).

Son successeur en juillet 1984, Laurent FABIUS fut lui-même un fidèle de MITTERRAND dès son adhésion au PS en 1974 : « Il doit ses titres à son intelligence. Il doit à ses titres, et à son intelligence, sa proximité avec François MITTERRAND. Il doit à François MITTERRAND tout le reste » (J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la V^e République*, op. cit., p. 303). Un journaliste du Monde écrivit au moment de la nomination de L. FABIUS : « M. Fabius a, par l'âge, la formation technocratique, l'attachement personnel à M. Mitterrand, le profil d'un directeur de cabinet. Plus encore que son prédécesseur – qui a gouverné plus qu'on ne l'a perçu, – il mettra en œuvre la politique du président de la République, dont rien, pas même “une feuille de papier à cigarette”, ne le sépare, a-t-il dit » (A. L., « L'engagement personnel », *Le Monde*, 19 juillet 1984). Voir aussi J. LE GALL, *Les Institutions de la V^e République à l'épreuve de l'alternance*, op. cit., p. 84 et s.

Édith CRESSON et Pierre BÉRÉGOVOY furent tous deux choisis d'abord pour leur parcours auprès de MITTERRAND et leur soutien indéfectible. Sur les relations entre Pierre BÉRÉGOVOY et François MITTERRAND, voir N. CASTAGNEZ et G. MORIN (dir.), *Pierre Bérégovoy en politique*, L'Harmattan, coll. « Cliopolis », 2013, 237 p. La nomination de Michel ROCARD s'imposa au président de la République pour « “fixer” les voix centristes qui ont conforté la seconde élection de François MITTERRAND » (H. PORTELLI, « Les Premiers ministres : essai de typologie », art. cité, p. 22). Le 12 mai 1988, *Le Monde* fit paraître l'article de Jean-Louis ANDREANI au titre évocateur : « La fin d'une cohabitation froide avec M. MITTERRAND ». Sur la nomination de Michel ROCARD, voir J. LE GALL, *Les Institutions de la V^e République à l'épreuve de l'alternance*, op. cit., p. 193 et s.

¹³⁵⁶ La nomination d'Alain JUPPÉ par Jacques CHIRAC fut doublement justifiée, par le rôle du Premier ministre à l'égard du RPR et par ses liens d'amitié avec le Président nouvellement élu. À son sujet, le président de la République écrit dans ses *Mémoires* : « [Le Premier ministre] ne saurait être à mes yeux qu'un homme avec lequel je me sente pleinement en confiance et en harmonie et dont j'ai éprouvé de longue date la fidélité, sans parler de son expérience de l'État ». Il ajoute plus loin : « Voilà plus de vingt ans que j'ai trouvé auprès de lui d'abord le collaborateur et le conseiller, puis l'adjoint et le ministre d'une compétence sans faille, auquel j'ai pu me fier en toutes circonstances. Son soutien ne m'a pas fait défaut dans les périodes difficiles où mon destin présidentiel paraissait dans l'impasse. Cette fidélité est toujours allée de pair avec une grande franchise... » (J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2, op. cit., respectivement p. 14 et p. 15).

« Fidélité » et « loyauté » sont encore les mots qui reviennent sous la plume de Jacques CHIRAC pour parler de Jean-Pierre RAFFARIN (J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2, op. cit., p. 357 notam.) ou pour évoquer l'hypothèse, brièvement envisagée de nommer Michèle ALLIOT-MARIE à Matignon (*ibid.*, p. 534) tandis que Dominique DE VILLEPIN est présenté par le président de la République comme son « meilleur chef de commandos » (*ibid.*, p. 535) qui appartient à son « cercle de confiance » (*ibid.*, p. 536).

¹³⁵⁷ Nicolas SARKOZY aurait affirmé : « le Premier ministre est un collaborateur. Le patron, c'est moi » (Entretien publié par le journal *Sud Ouest* du 22 août 2007, p. 6, cité in A. LE DIVELLEC, « Présidence de la République et réforme constitutionnelle. L'impossible “rationalisation” du présidentielisme français », in *Politiques publiques* 3, Presses de Sciences Po, 2012, p. 101). Comme l'indique A. LE DIVELLEC, « dans sa conférence de presse du 8 janvier 2008, Nicolas Sarkozy contestera avoir employé le terme de “collaborateur” » (note 14 de l'article).

¹³⁵⁸ Voir la façon dont Jean GICQUEL présente la nomination de Jean-Marc AYRAULT : J. GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », in *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2014, p. 310. Le professeur rappelle notamment

la République présentent parfois eux-mêmes « leur¹³⁶⁰ » Premier ministre comme un fidèle.

Le Président POMPIDOU, digne héritier de son prédécesseur¹³⁶¹, imprima clairement sa volonté aux choix des Premiers ministres et des gouvernements. Le *Nœud gordien*, qu'il écrivit avant son élection et qui fut publié après son décès, contient des pages remarquables sur sa conception des rôles respectifs du président de la République et du Premier ministre¹³⁶².

Au sujet de la nomination du Premier ministre, il écrivait :

Je suis convaincu que les présidents de la République, quels qu'ils soient, seront conduits à choisir comme Premiers ministres des hommes qui leurs soient étroitement liés, sur le plan non seulement politique, mais intellectuel et personnel, et dont ils n'aient jamais à redouter, je ne dis pas l'indépendance de pensée et d'expression – qui est essentielle – mais la concurrence¹³⁶³.

Pareillement, évoquant les réflexions qui l'ont conduit à nommer Jean-Pierre RAFFARIN en 2002, Jacques CHIRAC écrit qu'« une loyauté, une transparence totale dans leurs relations » est ce « qu'un président de la République, conformément à l'esprit de nos institutions, est en droit d'attendre de son Premier ministre¹³⁶⁴ ».

244. Réciproquement, bien des Premiers ministres acceptèrent le rôle de second dont les chargeait le président de la République. L'institutionnalisation d'un rôle qui ne se laisse pas expliquer par le texte constitutionnel est en l'occurrence manifeste. Dans la lettre de démission publiée au *Journal officiel* qu'il adressa au président de la République, Michel

les propos tenus par le président de la République, François HOLLANDE, lors de sa conférence de presse du 13 novembre 2012 : « Je l'ai choisi car j'ai une grande confiance en lui. Il est d'abord sérieux, c'est important. Il est ensuite loyal, c'est nécessaire. Il est dévoué, dévoué à la cause publique, et il est concret. Voilà pourquoi je lui renouvelle ici toute ma confiance ».

¹³⁵⁹ « Ils sont choisis d'abord en raison de la confiance que leur porte le chef de l'État », écrit J.-C. COLLIARD in « Que peut le président ? », art. cité, p. 18.

¹³⁶⁰ La phrase de Charles DE GAULLE dans ses *Mémoires d'espoir* est fameuse et souvent citée : « Étant donné l'importance et l'ampleur des attributions du Premier ministre, il ne peut être que "le mien" ». La dernière proposition est sujette à deux interprétations diamétralement opposées (ce qui est déjà, en soi, riche d'information). Soit elle signifie « le Premier ministre ne peut pas être que le mien » ; soit elle signifie, « le Premier ministre est forcément et seulement le mien ». Compte tenu des phrases qui suivent dans l'ouvrage il semble qu'il faille retenir la première interprétation. Certains auteurs retiennent cependant la seconde. Par exemple, M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle (...)*, op. cit., p. 454.

¹³⁶¹ Sur les liens et différences entre pompidolisme et gaullisme, voir S. RIALS, *Les Idées politiques de Georges Pompidou*, PUF, coll. « Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris », 1977, p. 166-168 (l'ensemble de l'ouvrage permet une comparaison entre les idées politiques et les pratiques des deux premiers présidents de la Cinquième République ; les pages citées constituent une synthèse). Quant aux choix des Premiers ministres par Georges POMPIDOU, voir *ibid.*, p. 148 et s.

¹³⁶² Voir en particulier, *Le Nœud gordien*, op. cit., p. 61 et s.

¹³⁶³ *Ibid.*, p. 65.

¹³⁶⁴ J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2, op. cit., p. 355.

DEBRÉ se présente lui-même comme un collaborateur du chef de l'État¹³⁶⁵. Pierre MESSMER affirma pour sa part qu'« il ne saurait exister de dyarchie au sommet ». Et d'ajouter : « En ce qui me concerne, je ne trouve aucune difficulté dans mes rapports confiants avec le président de la République sous le signe de son autorité prédominante »¹³⁶⁶. Dominique DE VILLEPIN aurait, quant à lui, écrit au président de la République avant sa nomination à Matignon : « Je veux être engagé plus que jamais pour vous servir et servir notre pays¹³⁶⁷ ! »

245. Le choix du chef du Gouvernement, affirme Jean-Claude COLLIARD, « n'est pas neutre car la personnalité du Premier ministre va faciliter ou non la tendance qu'a tout président à diriger au plus près l'action de son Gouvernement¹³⁶⁸ ». Les Premiers ministres de la Cinquième République – avec des nuances évidentes en période de cohabitation – accepteront une institutionnalisation de la fonction primo-ministérielle nettement éloignée du texte constitutionnel et du régime parlementaire qu'il instaure en devenant les « second[s] du chef de l'État¹³⁶⁹ » ou leur « collaborateur¹³⁷⁰ ». Ceci a des conséquences sur les nominations et au-delà d'elles. À cette aune, il est aisé de comprendre que les décrets en Conseil des ministres – décrets de nomination et décrets habilitant à nommer – soient en fait devenus « la chose du président de la République » et non plus du (ou des) contresignataire(s) pour paraphraser Raymond JANOT. De même, l'acceptation et la perpétuation déférente de la « doctrine TRICOT¹³⁷¹ » se laisse-t-elle ainsi saisir. L'« interférence présidentielle » en ce domaine contribue à expliquer l'extension de sa compétence de nomination et la captation par le président de la République du pouvoir de désignation.

246. De ce que le président de la République nomme le Premier ministre et de la prétendue faculté de le révoquer *ad nutum*, il résulterait que le président de la République déciderait de la composition du Gouvernement. À cet égard encore, le système politique français déroge aux pratiques parlementaires observables dans les autres régimes comparables¹³⁷². Les

¹³⁶⁵ Lettre parue au *JORF* du 16 avril 1962, p. 3941 : « être, avoir été le premier collaborateur du général de Gaulle est un titre inégalé », écrit Michel DEBRÉ.

¹³⁶⁶ P. MESSMER, Entretien avec A. PASSERON, *Le Monde*, 9 mars 1974.

¹³⁶⁷ J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2, *op. cit.* p. 537.

¹³⁶⁸ J.-C. COLLIARD, « Que peut le président ? », art. cité, p. 17.

¹³⁶⁹ Tel est l'intitulé de l'un des titres de la thèse d'Alain CLAISSE, *Le Premier ministre de la V^e République*, *op. cit.* p. 53. Rappelons que la thèse parut en 1972.

¹³⁷⁰ L'expression revient souvent dans les écrits et discours même des chefs du Gouvernement. Voir les différents exemples cités dans les notes suivantes.

¹³⁷¹ Voir *supra* p. 288 et s.

¹³⁷² Voir l'exposé *supra* p. 134 et s. et voir l'étude conduite par J.-C. COLLIARD dans sa thèse : *Les Régimes*

ministres seraient les collaborateurs du Premier ministre français. Le processus de formation du premier Gouvernement de la Cinquième République fut effectivement présenté en ces termes : « M. Michel DEBRÉ [...] a soumis à l'approbation du Général de Gaulle ses conceptions en ce qui concerne la politique générale et le nom des personnalités qui deviendraient, le cas échéant, ses collaborateurs¹³⁷³ ». Didier MAUS put ainsi affirmer que, « dès ce jour, le pli est pris et bien pris : le Gouvernement procède du président de la République¹³⁷⁴ ». Certes, juridiquement, le décret de nomination du Premier ministre précède toujours le décret de nomination de l'équipe gouvernementale¹³⁷⁵. Contrairement à ce qu'écrit Alain CLAISSE, il ne s'agit pas (seulement) de « l'expression de la primauté juridique et politique dont bénéficie le Premier ministre¹³⁷⁶ », mais bien d'une mesure nécessaire à la validité de l'acte de nomination des ministres. Dans la mesure où ils sont nommés sur proposition du Premier ministre, la nomination du chef du Gouvernement doit nécessairement précéder, à défaut, le Premier ministre ne pourrait pas proposer (et avoir proposé) le nom des ministres. Cette exigence juridique ne suffit pourtant pas à occulter la pratique, consistant pour le chef de l'État à largement décider de la composition du Gouvernement, parfois contre le Premier ministre¹³⁷⁷.

247. La maîtrise de ces nominations permet, en premier lieu, au président de la République de façonner un Gouvernement qui, à la manière du Premier ministre, ne soit pas rival mais féal¹³⁷⁸. Pour certains observateurs, les « ministres techniciens » qui, nombreux, composaient

parlementaires contemporains, *op. cit.*, p. 163-200. L'auteur note que la France et Finlande se distinguent par rapport aux autres régimes parlementaires. Le constat se vérifiait effectivement en 1976 – date de la mise à jour de l'ouvrage avant publication – mais doit être désormais démenti. La révision constitutionnelle de l'an 2000 en Finlande a eu pour objet et pour effet de limiter l'emprise présidentielle. Un commentateur écrit à ce sujet : « La nouvelle Constitution marque ainsi la fin du rôle prépondérant tenu par le Président dans la formation du Gouvernement ». Notre trad. pour : « The new Constitution thus marks the end of the President's leading role in the formation of the Government » (S. TIITINEN, « Constitutional Reform in Finland », p. 7 [du PDF disponible en ligne :

<http://www.asgp.co/sites/default/files/documents/NJTCYJXYUTISQLTGGTUUWLCDXVEPCE.pdf>).

Pour une étude de cette réforme en langue française, voir C. LARSEN et M. YSEULT, « Évolution de la fonction présidentielle en Finlande : de la forme de gouvernement (1919) à la constitution coordonnée (2000) », *RDP*, 2001, p. 1381-1415.

¹³⁷³ Communiqué de la présidence de la République, 9 janvier 1959 cité in D. MAUS, « La Constitution jugée par sa pratique. Réflexions pour un bilan », art. cité, p. 877.

¹³⁷⁴ *Loc. cit.*

¹³⁷⁵ Par exemple, le décret nommant Manuel VALLS Premier ministre fut signé le 31 mars 2014 (*JORF* du 1^{er} avril 2014, p. 6226) tandis que le décret relatif à la composition du Gouvernement fut signé le 2 avril 2014 (*JORF* du 3 avril 2014, p. 6388).

¹³⁷⁶ A. CLAISSE, *Le Premier ministre de la V^e République*, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁷⁷ Pour d'autres arguments que ceux développés dans les lignes qui suivent, voir A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 2, *op. cit.*, p. 205-207.

¹³⁷⁸ Nous paraphrasons J. GICQUEL in *Essai sur la pratique de la V^e République : bilan d'un septennat*, *op. cit.*, p. 122.

le premier Gouvernement de la Cinquième République, n'étaient pas « perçus comme des “politiques” » et, partant, n'étaient pas « considérés comme de “véritables” ministres »¹³⁷⁹. Poussant l'analyse jusqu'à son ultime limite, Delphine DULONG en conclut que ces nominations confinèrent au caractère monocéphale de l'exécutif¹³⁸⁰. En deuxième lieu, ces nominations permettent au président de la République d'assurer son ascendant sur le Premier ministre en désignant un ministre qui ait sa faveur et soit hostile au chef du Gouvernement. « Le remaniement du 30 mai 1968 et la nomination de M. CAPITANT au ministère de la Justice mettent en relief la manière dont le président de la République peut imposer son choix au Premier ministre¹³⁸¹ », écrit Alain CLAISSE. À plusieurs occasions, en effet, le nouveau garde des Sceaux d'alors avait émis des critiques quant à la politique conduite par Georges POMPIDOU¹³⁸². Pareillement, Jacques CHIRAC, Premier ministre, dut se résoudre à travailler avec « un Gouvernement qui n'[était] pas le sien¹³⁸³ » : « c'est à peine si je suis consulté sur le choix des ministres et même des secrétaires d'État¹³⁸⁴ », regretta l'ancien Premier ministre de GISCARD D'ESTAING. Il restitue dans ses *Mémoires* les difficultés que suscitèrent pour lui les nominations décidées par le président de la République : une coexistence pénible avec des ministres hostiles placés à des ministères-clés tels Michel PONIATOWSKI, à l'Intérieur, Jean-Pierre FOURCADE aux Finances, Jean SAUVAGNARGUES aux Affaires étrangères ou encore Jean LECANUET à la Justice¹³⁸⁵. Enfin, la captation présidentielle du pouvoir de choisir les ministres, permet au chef de l'État de diffuser son influence, ce qui révèle le panoptisme à l'œuvre. Comme l'écrit Pierre AVRIL :

Maître des carrières, le président de la République dispose d'une capacité d'influence qui ne se borne pas à celles des ministres mais s'étend à tout le personnel dirigeant de l'État, de sorte qu'il entoure le Premier ministre d'une invisible tutelle¹³⁸⁶.

¹³⁷⁹ D. DULONG, *Un président de la République à l'image d'une « France moderne »*, *op. cit.*, p. 73.

¹³⁸⁰ *Loc. cit.*

¹³⁸¹ A. CLAISSE, *Le Premier ministre de la V^e République*, *op. cit.*, p. 75.

¹³⁸² *Loc. cit.*

¹³⁸³ « Un Gouvernement qui n'est pas le mien » est l'intitulé du onzième chapitre des *Mémoires* de M. CHIRAC (J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 1, *op. cit.*, p. 171-182). Les premières pages de ce chapitre sont très révélatrices tant de l'ambiance qui régnait entre les deux principaux protagonistes que de l'impuissance du Premier ministre.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 172.

¹³⁸⁵ D'autres exemples pourraient être cités car DE GAULLE et GISCARD D'ESTAING n'eurent pas le monopole de ce comportement interventionniste en matière de nomination des ministres. Voir par exemple le témoignage que livre Michel ROCARD in J.-M. BLANQUER et C. GUETTIER, « Michel Rocard (Entretien) », *RDP*, 1998, p. 1290-1291.

¹³⁸⁶ P. AVRIL, « Diriger le Gouvernement », *Pouvoirs*, n°83, 1997, p. 38-39.

L'assertion est effectivement confirmée par un grand nombre de témoignages et d'études. Mais l'influence évoquée par Pierre AVRIL n'est pas unilatérale et descendante : les Premiers ministres contribuèrent à institutionnaliser leur rôle et celui du chef de l'État ; l'extériorisation de certaines pratiques fut objectivée et finalement intériorisée¹³⁸⁷. Il eut fallu (et il faudrait) sans doute que les (premiers) Premiers ministres français, à la manière d'un ADENAUER en son temps, refusent au président de la République le droit de juger lui-même de la composition du Cabinet¹³⁸⁸. La plupart du temps, les Premiers ministres agissent pour le compte du président de la République comme si, par l'effet panoptique décrit par FOUCAULT, ils étaient « pris dans une situation de pouvoir dont ils sont eux-mêmes les porteurs¹³⁸⁹ ».

248. Entouré de son équipe personnelle¹³⁹⁰, le président de la République sous la Cinquième République s'est même donné les moyens de choisir à la place des ministres jusqu'à certains membres des cabinets ministériels. Dans un témoignage éclairant, l'ancien garde des Sceaux, Bernard CHENOT – qui connut trois Républiques en tant que haut fonctionnaire – écrit que :

Au début de la V^e République, si le ministre envoyait, sous sa signature, un projet de décret portant nomination d'un directeur, celle-ci était acquise. À plus forte raison s'il s'agissait de désigner, par arrêté, ses propres collaborateurs, les membres de son cabinet. Cela n'a pas duré¹³⁹¹.

L'auteur évoque les pratiques des Présidents POMPIDOU et GISCARD mais bien d'autres témoignages attestent que, profitant d'un rapport de force qui lui est favorable, le président de la République, quel qu'il soit, impose à certains ministres – au moins parmi les plus importants¹³⁹² – certains de leurs collaborateurs. Certains Présidents seraient même intervenus dans la composition du cabinet du Premier ministre¹³⁹³.

249. Les grands ministères sont ainsi sous la coupe de l'Élysée qui s'octroie jusqu'au pouvoir de faire et défaire les cabinets ministériels. Cette mainmise du président de la

¹³⁸⁷ Tels sont les trois moments de l'institutionnalisation au sens de BERGER et LUCKMANN (voir *supra* p. 267 et s.).

¹³⁸⁸ Cet événement est rapporté in A. LE DIVELLEC, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...), op. cit.*, p. 180-181.

¹³⁸⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir (...), op. cit.*, p. 203.

¹³⁹⁰ Pour une étude de l'entourage présidentiel et de ses fonctions, voir *infra* p. 409 et s.

¹³⁹¹ B. CHENOT, « Le ministre, chef d'une administration », *Pouvoirs*, n°36, 1986, p. 83.

¹³⁹² Dans le même sens, J.-C. COLLIARD, « Que peut le président ? », art. cité, p. 18.

¹³⁹³ En ce sens, P. AVRIL, « Diriger le Gouvernement », art. cité, p. 37.

République sur l'équipe gouvernementale est un des facteurs déterminants pour expliquer le passage d'une compétence de nomination formelle à un pouvoir de nomination capté (entraînant à son tour l'extension de la compétence de nomination, etc.) : elle est donc tout à la fois cause et effet. Le *conatus* de ce pouvoir se révèle ainsi. Alain SOULOUMIAC confirme cette analyse lorsqu'il relève l'importance institutionnelle des nominations :

D'abord, la liste des nominations auxquelles participe le Président comprend les emplois supérieurs de l'État et ces derniers, placés au sommet de la pyramide administrative, occupent des positions stratégiques du point de vue politique. Ensuite, si non seulement le Président influence le choix des ministres, mais encore, désigne leurs subordonnés les plus importants, son autorité sur le Gouvernement en ressortira considérablement affermie. Enfin, le pouvoir de nomination à ces emplois s'exerçant dans des conditions très libres, il confère à l'organe qui en est investi une possibilité d'accroître sensiblement son emprise sur l'administration en plaçant dans des postes des hommes qui lui sont personnellement dévoués¹³⁹⁴.

Ce rapport entre président de la République, Premier ministre et ministres entretient le hiatus entre pouvoir et responsabilité sous la Cinquième République. Les ministres continuent de devoir assumer la responsabilité de leurs agents subordonnés, lors même qu'ils ne les choisissent pas toujours¹³⁹⁵. Ils assument des actes qui leurs sont imputés sans qu'ils en aient toujours décidé. Tout se passe « à la manière » d'un régime parlementaire mais conformément aux desseins présidentiels et non conformément à ceux d'un Gouvernement agissant de concert avec sa majorité¹³⁹⁶. La compétence formelle dévolue au président de la République de nommer les ministres sur proposition du Premier ministre fut captée par le chef de l'État. Elle lui permet, ce faisant, de maîtriser l'ensemble de l'appareil gouvernemental et de pénétrer la sphère administrative. Elle lui assure également la pérennité et l'extension de son habilitation en matière de nomination. Elle est un moyen d'actualisation du *conatus* du pouvoir de nomination¹³⁹⁷.

Outre la maîtrise du Gouvernement qu'il lui assure par excellence, le pouvoir de nomination du président de la République lui offre aussi un moyen d'influencer les parlementaires.

¹³⁹⁴ A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 2, *op. cit.*, p. 208.

¹³⁹⁵ Sur la responsabilité politique des ministres quant aux actes et actions de leurs subordonnés, voir N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 355-357.

¹³⁹⁶ A. LE DIVELEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », art. cité, p. 351 et p. 353 et s. et, du même auteur, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? (...) », art. cité, p. 13 et s. (du PDF disponible en ligne).

¹³⁹⁷ P. BOURDIEU, *Sur l'État. (...)*, *op. cit.*, p. 419 (Cours du 24 octobre 1991).

§2. Des nominations de parlementaires

L'influence du président de la République sur les parlementaires est beaucoup plus diffuse, voire insidieuse, que celle qu'il exerce sur le Gouvernement et, indirectement, sur l'ensemble de l'Administration. Outre la menace d'une éventuelle dissolution qui ne pèse que sur l'Assemblée nationale¹³⁹⁸ et présente un coût potentiellement élevé pour le président de la République, les nominations peuvent lui servir à s'assurer la discipline parlementaire¹³⁹⁹. Par surcroît, elles peuvent concerner aussi bien les députés que les sénateurs. En dépit d'un certain nombre d'incompatibilités ayant vocation à préserver la fonction parlementaire (A), les parlementaires peuvent faire l'objet de nominations susceptibles de les influencer et qui posent elles aussi frontalement la question de l'influence présidentielle sur sa propre habilitation (B).

A. Le principe : des incompatibilités protectrices de la fonction parlementaire

250. L'incompatibilité, qui est souvent définie par son but, constitue « une technique qui interdit l'exercice *simultané* du mandat et de certaines *activités*¹⁴⁰⁰ ». L'existence d'incompatibilités a plusieurs raisons d'être. De la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il ressort que les incompatibilités doivent être « justifiées [...] par la nécessité de protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou l'indépendance des juridictions contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts¹⁴⁰¹ ». Il s'agit de « dégager les parlementaires de la dépendance dans laquelle ils peuvent se trouver vis-à-vis des pouvoirs

¹³⁹⁸ En vertu de l'article 12 de la Constitution.

¹³⁹⁹ Pour une étude de la dissolution et de son lien avec la discipline (sinon la docilité) des députés, voir en particulier M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 480 et s.

¹⁴⁰⁰ F. ANCEL, *Les Incompatibilités parlementaires sous la V^e République*, PUF, coll. « Travaux et recherches de l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris – Série science politique », 1975, p. 101. Yves MICHEL la définit, au terme de l'introduction de sa thèse, comme « l'interdiction faite aux parlementaires de cumuler au-delà d'un certain délai l'exercice de leur mandat et l'occupation de fonctions déterminées » (Y. MICHEL, *Les Incompatibilités parlementaires*, thèse dact., Université Paris II, Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris, 1974, p. 11). Cf. la définition fournie par M. AMELLER, in *Parlements. Une étude comparative sur la structure et le fonctionnement des institutions représentatives dans cinquante-cinq pays*, PUF, coll. « Union interparlementaire », 2^e éd., 1966, p. 72. Voir aussi D. MAUS, *Le Parlement sous la V^e République*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1988, p. 47-48.

¹⁴⁰¹ Cons. const., décis. n°2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, *JORF* du 12 octobre 2013, p. 16838.

publics ou, le cas échéant, d'intérêts privés¹⁴⁰² ». Plus précisément, Yves MICHEL écrit que l'incompatibilité « a pour but essentiel de protéger le mandat à la fois contre le pouvoir exécutif [...], contre les “puissances d'argent” [...] et finalement, contre les propres faiblesses de l'élu¹⁴⁰³ ». Les mêmes prémisses¹⁴⁰⁴ expliquent que « les membres des assemblées parlementaires ne peuvent être nommés ou promus dans l'ordre national de la Légion d'honneur, sauf pour faits de guerre ou actions d'éclat assimilables à des faits de guerre¹⁴⁰⁵ ».

251. En vertu de la Constitution, le mandat parlementaire n'est compatible ni avec les fonctions de membre du Gouvernement¹⁴⁰⁶ ni avec celles de membre du Conseil constitutionnel¹⁴⁰⁷ ni avec celle de Défenseur des droits¹⁴⁰⁸. Les autres incompatibilités¹⁴⁰⁹ ont été instaurées par des dispositions législatives organiques. Outre la question du cumul des mandats et des incompatibilités avec des fonctions privées, le Code électoral prévoit une incompatibilité de principe du mandat de parlementaire avec « les fonctions publiques non

¹⁴⁰² M. AMELLER, *Parlements, op. cit.*, p. 72. La majuscule est de l'auteur.

¹⁴⁰³ Y. MICHEL, *Les Incompatibilités parlementaires, op. cit.*, p. 11-12.

¹⁴⁰⁴ Le terme « prémisses » est ici utilisé au sens logique du terme comme l'une des propositions d'un raisonnement. Il ne s'agit pas de simples « prémices ».

¹⁴⁰⁵ Art. R. 22 du Code de la Légion d'honneur et art. 12 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 *relative au fonctionnement des assemblées parlementaires*.

¹⁴⁰⁶ Art. 23 de la Constitution française de 1958. Une telle incompatibilité de principe était énoncée par la Constitution du 3 septembre 1791, celle de l'An III et celle du 14 janvier 1852. Sur les incompatibilités néanmoins absolues qu'érigeaient les deux premiers de ces textes, voir Y. MICHEL, *Les Incompatibilités parlementaires, op. cit.*, p. 25-28. Les enseignements de l'Histoire autorisent à présenter cette règle comme étant justifiée d'abord par l'idée de protéger les parlementaires contre toutes « tentations du pouvoir » exécutif et le Parlement contre ce qui pourrait nuire à son indépendance vis-à-vis de l'exécutif. « Interdire aux représentants du peuple de participer au pouvoir exécutif, c'est éviter que ce dernier n'appelle les parlementaires les plus influents et ne se serve d'eux pour peser sur les décisions du Parlement. », écrit Y. MICHEL (*ibid.*, p. 27). Mais elle permet aussi, notamment à partir de 1852, de protéger « le président de la République à la fois contre le Parlement et contre le Cabinet ». D'une part, elle assurait au président de la République qu'il serait le seul élu au sein de l'exécutif ; elle permettait au président de la République, d'autre part, de dominer l'exécutif : « ses ministres tirent leur autorité de lui et de lui seul » (p. 29). Cf. les développements in F. ANCEL, *Les Incompatibilités parlementaires sous la V^e République, op. cit.*, p. 23-24.

La conception française de l'incompatibilité s'éloigne en cela de bien des régimes parlementaires ayant conféré à la compatibilité un caractère de « “combat” [...] consistant à faciliter la parlementarisation de l'exécutif monarchique ». Pour des développements à ce sujet, voir A. LE DIVELLEC, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...), op. cit.*, p. 224 et s. (la citation est tirée de la p. 227).

Sur la révision de l'article 25 et le mécanisme permettant désormais aux anciens ministres de recouvrer leur siège parlementaire, voir S. LAMOUREUX, « La révision de l'article 25 de la Constitution ou la mise en place d'une incompatibilité à coquille vide », *RFDC*, n°77, 2009, p. 135-145. Voir également le paragraphe qu'A. LE DIVELLEC consacre à cet élément de la réforme de 2008 in « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) », art. cité, p. 28-29 (du PDF disponible en ligne). Le professeur y voit un « adoucissement » de cette « mesure emblématique de la rupture de 1958 ». Voir aussi la riche étude proposée in X. PIROU, « L'incompatibilité entre fonction gouvernementale et mandat parlementaire : vers une séparation atténuée des pouvoirs ? », *RDP*, 2009, p. 853-875.

¹⁴⁰⁷ Art. 57 de la Constitution française de 1958.

¹⁴⁰⁸ Art. 71-1 de la Constitution française de 1958.

¹⁴⁰⁹ Art. 25 de la Constitution française de 1958.

électives¹⁴¹⁰ ». Le Code ajoute que le mandat parlementaire est incompatible avec « les fonctions de président ainsi que celles de directeur général et de directeur général adjoint exercées dans les entreprises nationales et établissements publics nationaux » et, « sauf si le député y est désigné en cette qualité, sont incompatibles avec le mandat de député les fonctions de membre de conseil d'administration exercées dans les entreprises nationales et établissements publics nationaux, ainsi que les fonctions exercées au sein d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante »¹⁴¹¹. Depuis la loi organique du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*¹⁴¹², si un parlementaire est désigné pour siéger au sein d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, il ne peut cumuler son mandat avec la fonction de président de l'autorité concernée¹⁴¹³. Le Code interdit également de cumuler le mandat parlementaire avec « l'exercice des fonctions de magistrat¹⁴¹⁴ » et « de militaire¹⁴¹⁵ ».

252. Contrairement à l'inéligibilité, l'incompatibilité n'empêche ni l'élection du parlementaire ni sa nomination ; elle l'oblige seulement à choisir entre son mandat et une fonction incompatible avec celui-ci¹⁴¹⁶. Telle est la principale limite – qui ne concerne pas

¹⁴¹⁰ Art. LO 142 du Code électoral.

¹⁴¹¹ Art. LO 145-I du même Code, respectivement al. 1 et 2. Quant à l'étude du champ d'application des articles LO 142 et LO 145 et notamment sur la notion de « fonction publique non élective » voir l'étude, un peu datée mais toujours pertinente pour l'essentielle fournie in F. ANCEL, *Les Incompatibilités parlementaires sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 58-71.

¹⁴¹² Loi organique n°2013-906 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique* et loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*. Pour une analyse avant leur promulgation voir, H. QAZBIR, « Le conflit d'intérêts dans le droit de la fonction publique », *AJFP*, 2014 p. 277-284. Pour un commentaire après la promulgation, voir J. BENETTI, « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique. Du remède au trouble », *AJDA*, 2014, p. 157-163 (rappelons que le professeur BENETTI fut membre de la Commission JOSPIN ayant rendu un rapport intitulé *Pour un renouveau démocratique* (*op. cit.*). Son article porte essentiellement sur les déclarations de patrimoine et la prévention des conflits d'intérêts).

Voir aussi, dans un autre registre, les lois organique et ordinaire du 14 janvier 2014 (respectivement loi organique n°2014-125 *interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur* et loi n°2014-126 *interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen*). Pour un commentaire, voir P. JAN, « Au nom de la séparation, point de cumul », *LPA*, 2014, n°152, p. 14-17. Voir aussi le tableau récapitulatif que propose le professeur DEROSIER dans le même numéro, p. 69 (*LPA*, 2014, n°152 ; il s'agit d'un numéro spécial coordonné par Jean-Pierre CAMBY, Jean-Philippe DEROSIER et Pascal JAN, relatif aux mandats électifs : « Du cumul à l'exclusivité »).

Quant à l'incompatibilité des fonctions gouvernementales, notamment avec un mandat parlementaire, voir M. LASCOMBE, « Les incompatibilités ministérielles : brèves considérations sur un objet aléatoire », *LPA*, 2014, n°152, p. 30-31.

¹⁴¹³ Art. LO 145-I al. 3 du Code électoral. L'ajout de cet alinéa résulte de l'article 2 de la loi organique n°2013-906 du 11 octobre 2013.

¹⁴¹⁴ Art. LO 140 du même Code. La loi organique de 2013 précitée a ajouté un second alinéa, aux termes duquel : « Le mandat de député est également incompatible avec l'exercice de fonctions juridictionnelles autres que celles prévues par la Constitution et avec l'exercice de fonctions d'arbitre, de médiateur ou de conciliateur ».

¹⁴¹⁵ Art. LO 46 du même Code.

¹⁴¹⁶ Sur les différences entre incompatibilité et inéligibilité, voir notam. Y. MICHEL, *Les Incompatibilités parlementaires*, *op. cit.*, p. 7 et s. et F. ANCEL, *Les Incompatibilités parlementaires sous la V^e République*, *op.*

que les parlementaires d'ailleurs¹⁴¹⁷ – au régime d'incompatibilité sous la Cinquième République. Car, l'incompatibilité pèse alors moins sur l'autorité de nomination que sur le nominataire. Il ne s'agit pas d'une limite au pouvoir de désignation mais d'une mesure opérant *a posteriori*. Or, l'espérance d'une nomination peut, tout autant qu'une nomination, confiner à la déférence. Un tel espoir, particulièrement en fin de mandat, peut se présenter comme un moyen pour l'exécutif de s'assurer la bienveillance, voire la docilité de certains parlementaires y compris au sein de l'opposition.

Certaines exceptions au principe de l'incompatibilité peuvent avoir des implications puissantes quant à l'influence du président de la République sur sa propre compétence et, plus généralement, quant à la consolidation de sa fonction politique dans le système politique de la Cinquième République. Des parlementaires peuvent être nommés par le président de la République. Il s'agit notamment des parlementaires auxquels sont confiés des missions¹⁴¹⁸.

B. L'exception : des nominations susceptibles d'attenter à la fonction parlementaire

253. Dès 1958, une ordonnance désormais codifiée à l'article LO 144 du Code électoral, établit une exception au régime des incompatibilités parlementaires en prévoyant que « les personnes chargées par le gouvernement d'une mission temporaire peuvent cumuler l'exercice de cette mission avec leur mandat de député pendant une durée n'excédant pas six

cit., p. 10-13.

¹⁴¹⁷ Par exemple, Georges POMPIDOU fut nommé Premier ministre en avril 1962 alors qu'il était membre du Conseil constitutionnel. L'article 4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 relative au haut Conseil énonce que : « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, ainsi qu'avec celles de Défenseur des droits. Elles sont également incompatibles avec l'exercice de tout mandat électoral. Les membres du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, le Défenseur des droits ou les titulaires d'un mandat électoral nommés au Conseil constitutionnel sont réputés avoir opté pour ces dernières fonctions s'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire dans les huit jours suivant la publication de leur nomination. *Les membres du Conseil constitutionnel nommés à des fonctions gouvernementales* ou aux fonctions de Défenseur des droits, désignés comme membres du Conseil économique, social et environnemental ou qui acquièrent un mandat électoral sont remplacés dans leurs fonctions » (nous soulignons).

¹⁴¹⁸ Des parlementaires furent également conseillers du président de la République. Cette question est traitée *infra* p. 409 et s.

mois¹⁴¹⁹ ». Si la mission est prorogée au-delà des six mois limites, le parlementaire doit alors abandonner son siège à l'assemblée.

Il est possible de voir dans ce mécanisme un dispositif caractéristique du « parlementarisme positif » tel qu'identifié par le professeur LE DIVELLEC : un système dans lequel les parlementaires ne sont pas seulement source de légitimation du Gouvernement et censeurs de celui-ci mais sont étroitement associés à la politique majoritaire qui est ainsi produite de concert¹⁴²⁰. Quoiqu'elle fût légalement permise depuis 1958, cette ressource gouvernementale ne fut mise en œuvre qu'à partir de 1973. Dans sa déclaration de politique générale du 3 octobre 1972, Pierre MESSMER indiqua qu'il souhaitait « confier à un certain nombre de députés et de sénateurs des missions temporaires auprès des principaux ministres¹⁴²¹ ». Les premiers décrets ayant un tel objet furent publiés le 18 mai 1973¹⁴²². À compter de cette époque, le recours à des « parlementaires en mission » s'est déployé comme une pratique à part entière.

254. Généralement décidée par le Gouvernement, elle pose des questions essentielles. Une telle pratique peut être considérée comme un moyen de nuancer sinon de « pallier la règle de l'incompatibilité¹⁴²³ » des fonctions ministérielles et du mandat parlementaire. Par ce biais, d'une part, le Gouvernement peut être « parlementarisé ». Certains auteurs y voient une « filière gouvernementale¹⁴²⁴ », « une école de pouvoir ou un test de compétences¹⁴²⁵ », un mode de « récompense d'une fidélité indéfectible, [une] mesure compensatrice à des aspirations ministérielles déçues, [un] baromètre de l'état des relations entre le Gouvernement

¹⁴¹⁹ Art. 13 de l'ordonnance n°58-998 du 24 octobre 1958 *portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires*. Gilles TOULEMONDE indique que : « Déjà la loi du 15 mars 1849 (art. 85), sous la II^e République, celle du 30 novembre 1875 (art. 8 et 9) modifiée et complétée par la loi du 30 décembre 1928 (art. 88) sous la III^e République et la loi du 14 novembre 1950 (art. unique) sous la IV^e République avaient posé cette limite temporelle » (G. TOULEMONDE, « Le parlementaire en mission : encore parlementaire ou déjà agent du Gouvernement ? », *LPA*, n°152, 2014, p. 55).

¹⁴²⁰ Voir les développements que le professeur consacre à « l'interpénétration entre le cabinet et la majorité » et notamment aux « “agents” de liaison entre le cabinet et la majorité » (A. LE DIVELLEC, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne (...)*, *op. cit.*, p. 228 et s.) Ces pages renseignent particulièrement sur la conception positive du parlementarisme qui anime les solutions allemandes en ce domaine (comme en d'autres). Tandis que bien des auteurs français peuvent voir dans ces mécanismes d'« entrecroisement des pouvoirs » une entorse à la séparation des pouvoirs, l'auteur montre que ces solutions *informent* la séparation des pouvoirs plus qu'ils ne la *déforment*.

¹⁴²¹ P. MESSMER, intervention en séance publique, *JORF* du 4 octobre 1972, n°70, AN (C.R.), deuxième séance du 3 octobre 1972, p. 3884.

¹⁴²² G. TOULEMONDE, « Le parlementaire en mission (...) », art. cité, p. 55.

¹⁴²³ P. JAN, « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne » (note sous CE Sect., 25 septembre 1998, *M. Mégret, Rec.* p. 341) *LPA*, 20 juillet 1999, n°143, p. 23.

¹⁴²⁴ P. AVRIL et J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n°98, 2001, p. 190.

¹⁴²⁵ G. TOULEMONDE, « Le parlementaire en mission (...) », art. cité, p. 60.

et le Parlement¹⁴²⁶ ». Outre les exemples de ministres recrutés parmi les parlementaires en mission cités par Gilles TOULEMONDE¹⁴²⁷, remarquons que le député Thomas THEVENOUD fut chargé d'une mission auprès de Manuel VALLS, alors ministre de l'Intérieur, et de Sylvia PINEL, alors ministre de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme, sur « les conditions durables d'une concurrence équilibrée entre les taxis et les véhicules de tourisme avec chauffeur-VTC », avant d'être nommé secrétaire d'État chargé du Commerce extérieur, de la Promotion du tourisme et des Français de l'étranger. De même, le député Thierry MANDON fut « chargé d'une mission sur la simplification de l'environnement réglementaire et fiscal des entreprises (février à juillet 2013), [puis] il fut coprésident du conseil de simplification pour les entreprises (janvier-juin 2014)¹⁴²⁸ » avant de devenir secrétaire d'État chargé de la Réforme de l'État et de la Simplification. Les missions peuvent ainsi contribuer à la parlementarisation des Gouvernements. D'autre part, et réciproquement, elles témoignent d'une « gouvernementalisation » du Parlement.

255. Compte tenu de la formulation très ouverte de l'article LO 144 du Code électoral, le Gouvernement confie parfois, à ce titre, des missions de réflexion à certains parlementaires. Le plus souvent ceux-ci sont « missionnés » pour réfléchir à « des problèmes particuliers qui se posent à l'État¹⁴²⁹ ». En ce sens, « la mission temporaire a alors pour effet d'accroître la capacité du contrôle parlementaire et de l'évaluation des politiques publiques¹⁴³⁰ ». Mais des missions ont aussi pour objet de nommer des parlementaires à des fonctions incompatibles avec leur mandat en vertu de l'article LO 142 du Code électoral. Ainsi députés et sénateurs occupèrent, les fonctions de :

¹⁴²⁶ P. JAN, « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », art. cité, p. 23.

¹⁴²⁷ L'effet de la mission parfois « sera immédiat (on pense par exemple à Guy Hascoet, à Serge Lepeltier et surtout à Gilbert Baumet ou à Pierre Lelong à qui une mission avait été confiée seulement trois à quatre mois avant leur entrée au Gouvernement) ; parfois il sera, en revanche, beaucoup plus lent (ainsi Claude Greff est-elle chargée d'une mission le 17 octobre 2007, mais n'intègre le Gouvernement que le 29 juin 2011, ou encore Anne-Marie Escoffier est-elle chargée d'une mission par François Fillon, mais elle n'est appelée au Gouvernement que par Jean-Marc Ayrault !). Parfois, les fonctions ministérielles sont dans la droite ligne de la mission accomplie (ainsi Paulette Guinchard-Kunstler est-elle chargée d'une mission sur la vieillesse avant de devenir ministre déléguée aux Personnes âgées) ; parfois, elles n'ont strictement aucun rapport avec la mission (David Douillet est chargé, le 16 février 2011, d'une mission sur la chasse et il est nommé secrétaire d'État aux Français de l'étranger le 29 juin 2011) », écrit Gilles TOULEMONDE (*in* « Le parlementaire en mission (...) », art. cité, p. 60).

¹⁴²⁸ « Les femmes, les hommes et les pouvoirs », *Bulletin Quotidien*, 27 août 2014.

¹⁴²⁹ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 93 (du PDF disponible en ligne).

¹⁴³⁰ G. TOULEMONDE, « Le parlementaire en mission (...) », art. cité, p. 58.

Ambassadeur de France en Espagne (mission donnée à Pierre Guidoni le 27 janvier 1983), d'Ambassadeur auprès du Conseil de l'Europe (mission attribuée à Jacques Huyghues des Étages le 7 janvier 1986) et celles de représentant spécial de la France pour l'Afghanistan et le Pakistan (mission confiée à Pierre Lellouche le 10 mars 2009)¹⁴³¹.

Un tel usage de l'exception aux incompatibilités parlementaires n'est pas sans faire accroire à un détournement de procédure¹⁴³². Ce détournement est parfois plus directement politique encore. En effet, une prorogation de la mission au-delà de six mois entraîne la démission du parlementaire concerné et son remplacement d'office par son suppléant. Ce système est astucieusement détourné par les différents Gouvernements de la Cinquième République. En effet, il arrive qu'un parlementaire doive se démettre de son mandat (en raison d'une condamnation imminente¹⁴³³, en raison d'une nomination à des fonctions incompatibles avec le mandat¹⁴³⁴, etc.), ce qui entraîne des élections législatives partielles. Or, si le Premier ministre s'attend à perdre cette élection, le recours à la mission parlementaire peut offrir un moyen de conserver le siège parlementaire qui, sans cela, serait vraisemblablement perdu. Il suffit au Premier ministre de proroger une mission au-delà de six mois pour permettre au parti majoritaire de conserver le siège, via la suppléance. Des actes confiant des missions parlementaires sont néanmoins susceptibles d'être soumis au juge administratif qui s'est reconnu compétent pour vérifier, notamment, que le décret primo-ministériel n'est pas entaché de détournement de pouvoir¹⁴³⁵. Si ce mécanisme est parfois utilisé pour s'assurer le maintien de la majorité parlementaire, certains Premiers ministres y recourent directement à leur propre profit. Selon le professeur CHANTEBOUT, « lors de la seconde cohabitation, É.

¹⁴³¹ *Loc. cit.*, p. 57. Compte tenu de ce qui précède, il est permis de penser que ces missions furent davantage le fait d'une décision présidentielle. Les développements qui suivent font perdurer l'hypothèse.

¹⁴³² L'expression est également retenue in M.-A. GRANGER, « Le parlementaire en mission, une survivance ? », in P. MBONGO (dir.), *La Séparation entre Administration et politique en droits français et étrangers*, Berger Levrault, 2014, p. 278 et s.

¹⁴³³ G. TOULEMONDE indique ainsi que Pierre BÉDIER fut chargé d'une mission auprès du ministre de l'Immigration en octobre 2008. Celle-ci fut prolongée en avril 2009. Or, le mois suivant le député était condamné à une peine d'inéligibilité de six ans. « Si sa mission n'avait pas, fort opportunément, été prolongée, il y aurait eu une élection partielle dans cette circonscription dans laquelle il n'avait été élu, deux ans plus tôt, qu'avec moins de 500 voix d'écart » (G. TOULEMONDE, « Le parlementaire en mission (...) », art. cité, p. 59). Plus récemment, une mission attribuée à Pierre MOSCOVICI suscita un certain nombre d'interrogations. Voir par exemple, A. BOUDET, « L'opportune mission de Moscovici qui permet à Hollande de sécuriser sa majorité à l'Assemblée », *Huffington Post*, 6 mai 2014.

¹⁴³⁴ Le Premier ministre FILLON confia deux missions aux députés Brigitte BARÈGES et Denis ROBERT qui entendaient démissionner en application de la règle du cumul des mandats (P. ROGER, « Parlementaires en mission ou l'art d'éviter des élections », *Le Monde*, 17 mai 2010, p. 8).

¹⁴³⁵ Tel est l'apport de l'arrêt CE Sect., 25 septembre 1998, *M. Mégret, Rec.* p. 341. Outre l'article du professeur JAN, précité (« Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », p. 23-27), voir l'étude que Marc-Antoine GRANGER propose de cette décision : M.-A. GRANGER, « Le parlementaire en mission, une survivance ? », art. cité, p. 278 et s.

Balladur, soucieux d'attirer dans son camp le maximum de parlementaires, avait confié des missions à cinquante-deux d'entre eux¹⁴³⁶ ».

256. Si ces détournements de procédure sont sujets à caution lorsqu'ils émanent du Gouvernement, ils posent davantage problème encore lorsque la mission est, en fait, attribuée par le président de la République. Gilles TOULEMONDE n'y consacre qu'un paragraphe mais s'interroge :

Peut-être est-ce là le signe d'une mutation, d'un glissement lent mais réel vers une autre conception de la relation entre le pouvoir exécutif et le Parlement, vers ce que l'on qualifie de « parlementarisme de couloirs » s'agissant des États-Unis, ce qui pourrait constituer le signe indicateur de la transformation insidieuse de notre système politique.

Le président de la République a parfois nommé lui-même des parlementaires en mission. En 1978 Robert FABRE, membre du Mouvement des Radicaux de Gauche (MRG), accepta une mission directement confiée par Valéry GISCARD D'ESTAING, suscitant ainsi un débat au sein de son parti. Tandis que les uns y voyaient « “la première expérience d'une opposition constructive” qui réclamait depuis plusieurs années “le droit d'accéder aux grands dossiers nationaux” », les autres dénonçaient un moyen d'apporter « sa caution à la politique du pouvoir »¹⁴³⁷. M. FABRE fut finalement exclu du parti. Le *Journal officiel* ne mentionna nullement cette nomination pourtant connue de tous à l'époque. Benoît MONTAY révèle que cette pratique n'est pas toujours officieuse et qu'elle a donné lieu à certains montages juridiques surprenants. Ainsi, explique-t-il, le député LACHAUD fut officieusement missionné par Nicolas SARKOZY auquel il remit le 5 mai 2011 un rapport portant sur la délinquance des mineurs. Au mois de juillet suivant, le Premier ministre FILLON confia, officiellement cette fois, une mission au même député portant sur un sujet assez proche puisqu'il s'agissait de réfléchir aux « modalités de création des brigades de police spécialisées dans la prise en charge des mineurs délinquants ». Ladite mission prit fin en janvier 2012. Comme l'indique Benoît MONTAY :

¹⁴³⁶ B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 510. Est-ce le même usage que Jacques CHIRAC fit des missions parlementaires pour obtenir la direction de l'Union des Démocrates pour la Cinquième République (UDR) ? Il s'agit d'une hypothèse, mais la concordance des dates est intrigante : élu le 18 décembre 1974 à la tête de l'UDR, le Premier ministre signa dès le lendemain dix décrets confiant à dix députés diverses missions (A. PASSERON, « Sa désignation comme secrétaire général du mouvement pose autant de questions qu'elle résout de problèmes », *Le Monde*, 17 décembre 1974).

¹⁴³⁷ L'histoire est rapportée in C. F.-M., « En août 1978, M. Fabre déjà... », *Le Monde*, 26 juillet 1984.

On peut considérer soit qu'il y a deux missions distinctes dont l'une, celle confiée par le Président, ne fait l'objet d'aucune publication au *Journal officiel*, soit que la mission officielle confiée par le Premier ministre est venue régulariser la mission confiée matériellement par le Président¹⁴³⁸.

Parfois le décret du Premier ministre ne suffit pas à masquer que président de la République et Premier ministre sont instigateurs de la mission attribuée. Ainsi, formellement c'est un décret du Premier ministre qui confia à Dominique PERBEN – alors député du Rhône et candidat à la mairie de Lyon – une « mission de réflexion sur les grandes métropoles ». Le rapport qu'il rendit fait pourtant explicitement référence aux « lettres de mission du président de la République et du Premier ministre¹⁴³⁹ ».

De telles nominations de parlementaires par le président de la République peuvent remplir bien des fonctions et contribuer, notamment, à consolider la mainmise de l'Élysée sur les assemblées parlementaires. Il est permis d'y voir un autre moyen pour le président de la République d'influencer, par ses nominations, ceux qui peuvent agir sur ses compétences en général et sur sa compétence de nomination en particulier. Les professeurs Jean et Jean-Éric GICQUEL sont ainsi fondés à écrire qu'une mission temporaire peut servir comme « fiche de consolation » ou comme « espoir de responsabilités »¹⁴⁴⁰. Ce faisant, les parlementaires sont « pris dans une situation de pouvoir dont ils sont eux-mêmes les porteurs¹⁴⁴¹ » ; le panoptisme peut opérer.

Le ressort n'est pas toujours masqué, insidieux ou officieux : il s'agit de l'hypothèse des nominations dans des « comités de réformes » qui peuvent accueillir, entre autres, des parlementaires.

¹⁴³⁸ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 94 (du PDF disponible en ligne).

¹⁴³⁹ D. PERBEN, *Imaginer les métropoles d'avenir*, La Documentation française, 2008, p. 8. Cet exemple illustre aussi combien une mission confiée à un parlementaire peut utilement servir une campagne électorale.

¹⁴⁴⁰ J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, coll. « Domat », 27^e éd., 2013, p. 677.

¹⁴⁴¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir (...)*, op. cit., p. 202-203.

§3. La nomination de « comités de réformes »

257. Aucune norme n'habilite le président de la République à créer les divers comités qui font florès en France. Ce phénomène n'est cependant pas négligeable notamment lorsqu'il s'agit, pour le président de la République, d'initier par ce biais une révision constitutionnelle¹⁴⁴².

Le recours à des « comités de révisions de la Constitution » créés par le chef de l'État n'est pas rare. Il fallut attendre 2014 pour qu'une telle instance de réflexion fût créée sur une initiative parlementaire¹⁴⁴³. Pourtant, en vertu de l'article 89 de la Constitution : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République *sur proposition* du Premier ministre et aux membres du Parlement¹⁴⁴⁴ ». Or, lorsque le président de la République institue un comité de réflexion pour la révision de la Constitution, qu'il établit la lettre de mission et choisit les membres qui siégeront¹⁴⁴⁵, la force de proposition du Premier ministre s'évanouit. Il semble que le comité VEDEL de 1992 fut la première instance de ce type¹⁴⁴⁶. D'autres s'ensuivirent puisque furent créés : la commission TRUCHE en 1997, qui fut chargée de réfléchir à une réforme du Conseil supérieur de la magistrature¹⁴⁴⁷ ; la commission AVRIL de 2002, à laquelle incombait la tâche de s'interroger sur le statut pénal

¹⁴⁴² Pour une interrogation à ce sujet, voir en particulier X. MAGNON, « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *RFDC*, n°5 (HS *Réviser la Constitution en 2008 ?*), 2008, p. 39-47

¹⁴⁴³ Il s'agit du groupe de travail sur « l'Avenir des institutions » réuni entre novembre 2014 et mai 2015 à l'initiative du président de l'Assemblée nationale, Claude BARTOLONE et du professeur WINOCK. Ce groupe de réflexion associe des parlementaires et un certain nombre de chercheurs, notamment des professeurs de droit (Denis BARANGER, Marie-Anne COHENDET, Christine LAZERGES, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Guillaume TUSSEAU). Outre le fait qu'il fut initié par l'Assemblée nationale, ce groupe de travail est également spécifique car l'ensemble de ses travaux fut rendu public. Voir les pages qui lui sont dédiées sur le site de l'Assemblée nationale : <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/avenir-des-institutions> et <http://videos.assemblee-nationale.fr/commissions.avenir-des-institutions-groupe-de-travail>.

¹⁴⁴⁴ Nous soulignons.

¹⁴⁴⁵ Le Conseil d'État fut saisi d'une requête visant à obtenir l'annulation du décret instituant le Comité VEDEL ainsi que le décret portant nomination des membres dudit comité. Il la jugea irrecevable (CE 3 déc. 1993, *Meyet et Bidalou*, *Rec.* p. 339).

¹⁴⁴⁶ Décret n°92-1247 du 2 décembre 1992 instituant un comité consultatif pour la révision de la Constitution (ce décret établit d'ailleurs la nomination des membres en Conseil des ministres). Voir COMITÉ CONSULTATIF POUR LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION, *Proposition pour une révision de la Constitution* (dit Rapport VEDEL), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1993, 106 p.

¹⁴⁴⁷ Nous n'avons pu trouver de décret instituant ladite commission. Voir P. TRUCHE (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1997, 506 p.

du président de la République¹⁴⁴⁸ ; le comité BALLADUR I de 2007 de « réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions »¹⁴⁴⁹ ; en 2008, la commission VEIL, qui devait se prononcer sur le préambule de la Constitution de 1958¹⁴⁵⁰ ; la commission JOSPIN, qui fut, quant à elle, chargée en 2012 de réfléchir à la rénovation et de la déontologie de la vie publique¹⁴⁵¹.

D'autres « comités de réformes » institués par le président de la République se virent confier des missions de réflexion susceptibles d'avoir des suites tant constitutionnelles que législatives. Leur nombre est bien trop important pour qu'ils soient tous ici recensés. Ce fut le cas de la commission STASI en 2003¹⁴⁵², de la commission ATTALI en 2007¹⁴⁵³, du comité BALLADUR II chargé, en 2008, de proposer une réforme des collectivités territoriales¹⁴⁵⁴ ou encore de la commission SAUVÉ en 2010¹⁴⁵⁵. La lettre de mission que le Président CHIRAC adressa à Bernard STASI est d'ailleurs surprenante par sa formulation même puisque le chef de l'État la présenta explicitement comme une commission « indépendante¹⁴⁵⁶ ». Il n'est pas certain que le mot entraîne nécessairement la chose en l'espèce.

258. Ces initiatives présidentielles, et résolument présentées comme telles, ne sont pas sans susciter des interrogations quant à la compétence du président de la République pour instituer

¹⁴⁴⁸ Décret n°2002-961 du 4 juillet 2002 portant création d'une commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République. Voir RAPPORT AVRIL, *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République*, op. cit., 105 p.

¹⁴⁴⁹ Décret n°2007-1108 du 18 juillet 2007 portant création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République. Voir COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., 181 p.

¹⁴⁵⁰ Décret n°2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution. Voir COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2008, 209 p.

¹⁴⁵¹ Décret n°2012-875 du 16 juillet 2012 portant création d'une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique. Voir COMITÉ JOSPIN, *Pour un renouveau démocratique*, op. cit., 144 p.

¹⁴⁵² Décret n°2003-607 du 3 juillet 2003 portant création d'une commission chargée de mener une réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. Voir B. STASI (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, Présidence de la République, 2003, 78 p.

¹⁴⁵³ Décret n°2007-1272 du 27 août 2007 instituant une commission pour la libération de la croissance française. Voir COMMISSION POUR LA LIBÉRATION DE LA CROISSANCE FRANÇAISE, *300 décisions pour changer la France*, La Documentation française, 2007, 245 p.

¹⁴⁵⁴ Décret n°2008-1078 du 22 octobre 2008 portant création du comité pour la réforme des collectivités locales. Voir COMITÉ POUR LA RÉFORME DES COLLECTIVITÉS LOCALES, *Il est temps de décider*, La Documentation française-Fayard, 2008, 174 p.

¹⁴⁵⁵ Décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010 instituant une commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Voir COMMISSION DE RÉFLEXION POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA VIE PUBLIQUE, *Pour une déontologie de la vie publique* (dit Rapport SAUVÉ), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2011, 154 p.

¹⁴⁵⁶ B. STASI (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, op. cit., lettre de mission, p. 2.

de telles commissions et en désigner les membres. Si bien souvent les professeurs de droit tiennent une place importante dans ces instances siègent également certains hauts fonctionnaires. Préfets¹⁴⁵⁷, inspecteurs des finances¹⁴⁵⁸, mais surtout conseillers d'État¹⁴⁵⁹ et magistrats de l'ordre judiciaire¹⁴⁶⁰, y sont volontiers associés. À leurs côtés, la présence de parlementaires pose en des termes renouvelés la question susmentionnée des « missions », car aucun d'eux ne fut nommé en vertu de l'article LO 144 du Code électoral¹⁴⁶¹. Certes, l'association de députés et sénateurs à ces démarches et aux projets forcément politiques qu'elles portent peut être jugée conforme à une démarche parlementariste positive. Mais qu'une telle association soit initiée et décidée par le président de la République interroge, une fois encore, quant au pouvoir d'influence du chef de l'État sur sa propre habilitation.

Une fois de plus point un exemple de nomination servant le projet présidentiel. Jack LANG, député du Parti Socialiste (PS) ayant accepté, à la demande du Président SARKOZY, de siéger au comité BALLADUR de « réflexion pour la modernisation des institutions » et qui fut pour cela contraint de démissionner du secrétariat national du parti¹⁴⁶², rend compte, dans son ouvrage *Le Choix de Versailles*, de la façon dont, parlementaire de l'opposition de l'époque, il œuvra pour faire adopter cette révision. Forçant peut-être le trait, il dit s'être battu « jusqu'à la dernière minute pour réussir à arracher des avancées¹⁴⁶³ ». Pourtant, le groupe socialiste maintint sa volonté de voter contre le projet de révision. Jack LANG écrit alors cette phrase chargée de sens : « Voter contre une réforme que j'ai en partie inspirée relèverait de la schizophrénie¹⁴⁶⁴ ». Il apporta donc sa voix à cette révision. Ce témoignage permet de mesurer l'intérêt que peut trouver le président de la République à associer des parlementaires de l'opposition à certaines réformes d'envergure : on se souvient, qu'en l'occurrence, la révision fut adoptée à deux voix près. Il est possible d'y voir encore un moyen pour le

¹⁴⁵⁷ Tel fut le cas dans le comité BALLADUR II et dans la commission JOSPIN.

¹⁴⁵⁸ Voir la composition de la commission TRUCHE et du comité BALLADUR II.

¹⁴⁵⁹ Il en alla ainsi dans le comité VEDEL, la commission TRUCHE, les comités BALLADUR I et II et la commission JOSPIN.

¹⁴⁶⁰ Ils composaient l'essentiel de la commission TRUCHE. Mais certains siégèrent aussi dans le comité VEDEL, la commission AVRIL et la commission JOSPIN.

¹⁴⁶¹ Ainsi le comité VEDEL accueillit un sénateur ; le comité BALLADUR I comptait un député européen et un député nationale ; le comité BALLADUR II comprenait quatre parlementaires ; la commission VEIL admit un sénateur.

¹⁴⁶² Voir son témoignage sur cet événement : J. LANG, *Le Choix de Versailles. Témoignage sur la révision de notre Constitution*, Calmann-Lévy, 2009, p. 17-18. Il raconte également sa nomination dans les pages qui précèdent immédiatement.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 116.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 121.

président de la République d'user d'un pouvoir de nomination capté pour étendre potentiellement sa compétence¹⁴⁶⁵.

*
* *

Conclusion du chapitre

259. Le pouvoir de nomination du président de la Cinquième République est un pouvoir essentiellement capté. Le chef de l'État a pu accaparer non seulement le pouvoir de désignation incombant aux membres du Gouvernement mais encore s'assurer la maîtrise des normes d'habilitation en la matière. Or, les nominations ont ceci de remarquable que le décalage entre le texte constitutionnel, ses normes de concrétisation et la pratique s'explique avant tout par les nominations elles-mêmes. C'est le *conatus* du pouvoir de nomination.

D'abord, ce pouvoir, exercé avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 par Michel DEBRÉ et le général DE GAULLE, permet d'expliquer les clivages intellectuels qui, de part en part, traversent le texte constitutionnel. Il explique également pourquoi le rapport de force entre les deux hommes (et donc entre un projet de Constitution relevant du parlementarisme rationalisé et un projet plus présidentieliste) se résolut au bénéfice du futur président de la République. L'ordonnance du 28 novembre 1958 *portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État*, qui offre au président de la République une compétence de nomination très vaste et manifestement non conforme à l'habilitation constitutionnelle, fut rédigée par ceux que DE GAULLE avait nommés et ne trouva pas l'opposition de ceux que DE GAULLE promettait de nommer. Par le pouvoir de nomination, la compétence de nomination du président de la Cinquième République fut ainsi établie sur des normes de concrétisation résolument favorables au chef de l'État. Mais aussi étendue soit-

¹⁴⁶⁵ Les effets de cette réforme quant à la compétence de nomination sont interrogés dans le dernier titre de la thèse.

elle, cette compétence aurait pu demeurer formelle si elle ne s'était doublée d'une appropriation, par le président de la République, du pouvoir de désignation.

Le pouvoir de nomination capté par le chef de l'État a pu s'auto-perpétuer tout au long de la Cinquième République en touchant directement les organes habilitant : il *permet l'extension de la compétence*. La nomination du Premier ministre et des membres du Gouvernement favorise la mainmise du président de la République non seulement sur l'organe gouvernemental mais, avec lui, sur l'ensemble de l'administration. Ce faisant, le président de la République peut s'approprier le pouvoir de désignation revenant aux membres du Gouvernement. Surtout, cela contribue à son ascendant sur ceux-là mêmes qui peuvent l'habiliter. La nomination de parlementaires et de membres de comités de réformes – constitutionnelles en particulier – offrent également au chef de l'État la capacité de légitimer certains projets, de les proposer en lieu et place du Premier ministre ou des parlementaires et, le cas échéant, de s'assurer de leur adoption. Par ce biais encore, le président de la République peut non seulement asseoir son autorité sur le Parlement, mais il dispose aussi d'un levier pour agir sur sa propre habilitation.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

260. Le pouvoir de nomination du président de la République est un *pouvoir capté*. Un mouvement circulaire le caractérise : par sa compétence de nomination, le chef de l'État peut s'appropriier le pouvoir de désignation, ce qui lui permet d'étendre sa compétence, etc. Le pouvoir de nomination s'auto-perpétue ; il est animé d'un *conatus*, c'est-à-dire d'« une tendance à persévérer dans l'être¹⁴⁶⁶ ».

Le président de la République a pu capter la compétence de nomination ressortissant au Premier ministre par le biais d'un certain nombre de normes de concrétisation recelant une conception présidentialisante de la Cinquième République. Les normes constitutionnelles révélant le caractère à la fois obligatoire et ductile de cette compétence furent doublement méconnues. D'une part, le président de la République s'est octroyé une faculté d'empêcher et une faculté de statuer en matière de nomination. D'autre part, en vertu du texte constitutionnel, seul le législateur organique est habilité à établir une liste de nominations délibérées en Conseil des ministres et à distribuer la compétence de nomination entre le chef de l'État et le chef du Gouvernement. Or, l'ordonnance du 28 novembre 1958 encore en vigueur ouvre une brèche massive dans l'habilitation présidentielle puisqu'elle permet au président de la République de s'auto-habiller à nommer. Elle l'autorise à établir par décret délibéré en Conseil des ministres une liste d'emplois pourvus en Conseil des ministres. Elle lui permet également de prononcer des nominations par décret simple. Le pouvoir de nomination fut donc *capté par l'extension de la compétence de nomination présidentielle*. Celle-ci est l'une des causes majeures de la captation du pouvoir de nomination par le président de la République. Elle en est aussi une conséquence.

Les nominations auxquelles procéda le dernier Gouvernement de la Quatrième République, conduit par le général DE GAULLE, eurent des conséquences décisives sur la distribution de la compétence de nomination entre le chef de l'État et le Premier ministre sous la Cinquième République. Elles expliquent, pour partie, les solutions retenues dans le texte constitutionnel de 1958 ; elles expliquent également les premières mesures de concrétisation de la Constitution. Dès 1958, les conséquences du pouvoir de nomination sur les normes d'habilitation se manifestèrent nettement. Ce constat n'est pas démenti depuis lors. Cette

¹⁴⁶⁶ B. SPINOZA, *Éthique*, *op. cit.*, p. 258 (III ; prop. VI). L'idée d'un *conatus* du pouvoir fut suggérée par P. BOURDIEU (*Sur l'État. (...)*, *op. cit.*, p. 419).

captation constitue pour le président de la République une (res)source majeure de pouvoir et lui permet de faire perdurer sa situation avantageuse que même les périodes de cohabitation n'ont guère entamée. Le pouvoir de nomination a ceci de spécifique qu'il est un moyen, pour le président de la République, de pénétrer les différents pouvoirs de l'État et d'institutionnaliser un certain nombre de rôles : *le pouvoir de nomination permet l'extension de la compétence de nomination*. Même lorsque le président de la République ne désigne pas lui-même les titulaires des emplois, fonctions, dignités ou titres attribués, d'autres y procèdent en son nom et suivant sa volonté. De la sorte, la concentration du pouvoir de nomination aux mains du président de la République ne s'exprime pas (seulement) de façon directe et verticale mais de façon réticulaire sinon sinueuse.

*
* *

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

261. La compétence de nomination bénéficiant au président de la Cinquième République est à la fois une cause et un effet de l'extension de son pouvoir de nomination. Cette étude, qui a permis de mettre en lumière la spécificité de cette attribution présidentielle, a révélé que cette *compétence formelle* s'est muée en un *pouvoir de nomination capté* par le chef de l'État.

Pour le démontrer, il était préalablement nécessaire de situer cette compétence dans le droit constitutionnel de la Cinquième République. Le régime parlementaire que le texte constitutionnel institue invite à prendre acte du caractère formel de la compétence de nomination présidentielle. Le président de la République ne dispose que très marginalement d'une faculté de statuer en la matière. Ceci s'explique à la fois par l'exigence de la contresignature et par la fonction symbolique du chef de l'État qui permet de révéler l'importance de sa signature. De ce point de vue, le président de la République est donc principalement chargé d'entériner les décisions des membres du Gouvernement qui, pour leur part, disposent du pouvoir de désignation. Dans la majeure partie des cas, le Président ne dispose pas d'une faculté de statuer.

Néanmoins, se posait la question d'une faculté d'empêcher laissée au chef de l'État. L'étude des normes d'habilitation bénéficiant au président de la République oblige à lui dénier une telle faculté. Mais la distance entre ces normes et la pratique du pouvoir de nomination apparaît de façon évidente. Plusieurs données sont généralement avancées pour comprendre cette distorsion entre le régime et le système politique. La compétence de nomination a ceci de spécial qu'elle explique elle-même et de façon déterminante le passage d'une compétence formelle à un pouvoir capté. Le pouvoir de nomination contribue à l'institutionnalisation d'un certain nombre de rôles. Là se révèle son effet panoptique. Le pouvoir de nomination fut capté par l'extension de la compétence de nomination laquelle fut permise par la captation du pouvoir de nomination. Tel est le *conatus* animant le pouvoir de nomination¹⁴⁶⁷. Il peut s'auto-perpétuer et, plus généralement encore, il permet au président de la République de se donner les moyens de « persévérer dans [son] être¹⁴⁶⁸ ».

Cette distance entre le droit et les faits se répercute sur les contrôles de l'exercice de ce pouvoir capté. Fondés sur le droit positif, ils encadrent une compétence formelle mais sont

¹⁴⁶⁷ P. BOURDIEU, *Sur l'État. (...), op. cit.*, p. 419.

¹⁴⁶⁸ B. SPINOZA, *Éthique, op. cit.*, p. 258 (III ; prop. VI).

impuissants à limiter véritablement le pouvoir. Fondés sur les faits, ils pourraient modérer le pouvoir, mais ils contribuent à conforter des pratiques contraires au droit.

**SECONDE PARTIE. LES CONTRÔLES INEFFICACES
DES NOMINATIONS DU PRÉSIDENT DE LA
CINQUIÈME RÉPUBLIQUE**

« If men define situations as real, they are real in their consequences. »

« Si les hommes définissent des situations comme étant réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences. »

W. I. THOMAS and D. S. THOMAS, *The Child in America : Behavior Problems and Programs*, Knopf, 1928, p. 571-572.

262. Quelle que soit l'approche adoptée par ceux qui étudient la compétence de nomination, la question majeure et incontournable est celle du contrôle pesant sur son exercice. L'importance de cette question apparaît à l'évidence après avoir identifié les effets qu'emporte le pouvoir de nomination sur l'ensemble du système politique de la Cinquième République. L'objet de ce contrôle est volontiers présenté comme devant notamment permettre de s'assurer que l'exercice de cette compétence ne serve pas seulement les fins personnelles de celui auquel elle a été confiée. Déjà devant la Chambre des députés en 1910, Paul DESCHANEL affirmait que « lorsque les places, au lieu d'aller où elles doivent aller, c'est-à-dire au mérite, servent à payer les services électoraux, un tel arbitraire n'est pas seulement en contradiction avec les principes républicains ; il corrompt, il déprave le peuple¹⁴⁶⁹ ». Dans cette citation, les liens entre le contrôle des nominations et les exigences démocratiques que l'Histoire et le droit comparé ont permis de révéler se manifeste de façon évidente. Le mérite des personnes nommées doit guider le choix des autorités de nomination. Cette exigence, qui justifie l'existence du recrutement par concours, est liée à la volonté d'atténuer le favoritisme et la politisation à laquelle il confine souvent. La poursuite de cette fin a perduré, comme l'attestent les réflexions des années 2000 sur le thème d'une « République exemplaire » qui ont donné lieu à plusieurs rapports et réformes¹⁴⁷⁰. Rattaché à

¹⁴⁶⁹ JORF. *Débats parlementaires. Chambre des députés. Compte rendu in-extenso*, Impr. du Journal officiel 1910, séance du 21 juin 1910, p. 2234.

¹⁴⁷⁰ Lors de l'instauration du comité BALLADUR, le Président SARKOZY invoqua (dans la lettre de mission) l'aspiration des citoyens à « une démocratie exemplaire, à une République irréprochable » (COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., lettre reproduite p. 106). Le même thème fut développé à l'occasion des travaux relatifs aux conflits d'intérêts. Il en va ainsi du rapport SAUVÉ, *Pour une déontologie de*

la compétence de nomination, le souci de l'exemplarité est non seulement lié à l'exigence d'égalité d'admissibilité aux « dignités, places et emplois publics¹⁴⁷¹ », mais entretient un lien avec la lutte contre la corruption. Car nommer permet aussi de rémunérer. Certes, par la nomination, « on se préserve [...] des financements anormaux et choquants, relevant quelquefois de l'infraction pénale pure¹⁴⁷² », mais certaines règles visent à prévenir les nominations sources de conflits d'intérêts¹⁴⁷³ ou de prise illégale d'intérêts¹⁴⁷⁴ et à empêcher le trafic d'influence¹⁴⁷⁵. Ce souci d'exemplarité a contribué à un certain nombre d'évolutions quant aux contrôles pesant sur les décisions de nomination du chef de l'État sous la Cinquième République. Il a justifié notamment la création d'une procédure permettant la distribution de l'exercice de la compétence de nomination et donc permettant de lutter contre sa concentration. En effet, en 2008, la volonté d'établir un « encadrement du pouvoir de nomination du président de la République » se traduit par un contrôle parlementaire de ces

la vie publique, op. cit., relatif aux conflits d'intérêts concernant « les membres du Gouvernement, les responsables des établissements publics et des entreprises publiques ainsi que, le cas échéant, les autres agents publics dont la nature particulière des missions le justifierait » (aux termes du décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010 ayant institué la commission).

Pour leur part, les parlementaires s'interrogèrent sur les moyens de prévenir les conflits d'intérêts touchant leurs membres respectifs : voir le *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois par le groupe de travail sur les conflits d'intérêts*, n°518, S, mars 2011 (disponible en ligne en PDF : <http://www.senat.fr/rap/r10-518/r10-5181.pdf>) et les travaux du groupe de travail sur le même sujet à l'Assemblée nationale (voir la page dédiée : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/controle/groupe-travail-prevention-conflits.asp>).

De même, toute la seconde partie du rapport JOSPIN (*op. cit.*) était consacrée à « un exercice des responsabilités exemplaire ». Enfin, Jean-Louis NADAL, président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, remit le 7 janvier 2015 au président de la République un rapport intitulé *Renouer la confiance publique. Rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*.

¹⁴⁷¹ Art. 6 de la DDHC.

¹⁴⁷² H. JOZEFOWICZ, « Le diable gît-il dans les détails ? (...) », art. cité, p. 418.

¹⁴⁷³ Au sens de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique* : « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

¹⁴⁷⁴ La prise illégale d'intérêt est définie à l'article L. 432-12 du Code pénal : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

¹⁴⁷⁵ La corruption et le trafic d'influence (créé à la suite du scandale des décorations ayant touché le gendre de Jules GRÉVY) sont répréhensibles au titre des manquements au devoir de probité par des personnes exerçant une fonction publique. L'article L. 432-11 du Code pénal énonce : « 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 tiré de l'infraction, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :

1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, *des emplois*, des marchés ou toute autre décision favorable » (nous soulignons).

nominations. Une telle initiative illustre le caractère polymorphique de la notion de contrôle, entendue le plus largement possible. Le contrôle désigne d'abord, au sens usuel que lui confère la langue vernaculaire, une « vérification portant sur des choses en vue d'examiner si elles remplissent les conditions demandées¹⁴⁷⁶ », tel le « contrôle juridictionnel » des actes de nomination. Mais il entretient aussi un rapport avec l'idée de limitation : la maîtrise, l'encadrement, la régulation en sont autant de synonymes¹⁴⁷⁷. En d'autres termes, le contrôle des nominations est multiple et invite non seulement à saisir l'ensemble des *limitations* qui s'imposent au président de la République, mais encore les modes de *vérification*, juridictionnels ou non, pesant sur les nominations auxquelles il procède.

263. Avant d'examiner les divers contrôles s'imposant à l'exercice du pouvoir de nomination présidentiel, il était nécessaire d'étudier l'existence, les causes et les conséquences du mouvement par lequel le président de la République a pu s'approprier le pouvoir de désignation. Car, dès lors, une tension émerge. En effet, si le contrôle en tant que vérification vise à « examiner si [les nominations] remplissent les conditions demandées¹⁴⁷⁸ », il est essentiel de savoir quelles sont ces conditions et sur qui et sur quoi elles pèsent. Plus encore, si le contrôle est aussi une limitation de l'exercice du pouvoir de nomination, encore faut-il que cette limitation puisse être efficace. Pour cela, il faut que la limitation et la vérification ne se trompent pas de cible. Or, l'étude de la réglementation pesant tant sur le pouvoir de désignation – c'est-à-dire sur les choix préalables à l'édiction des actes de nomination – que sur la compétence de nomination – c'est-à-dire sur l'édiction des actes par lesquels une fonction, un emploi, une dignité ou un titre sont attribués à une personne – montre qu'un certain nombre de règles visant à en limiter et à en vérifier l'exercice sont rendues inopérantes. Elles sont inefficaces en tant qu'elles n'atteignent pas leurs objectifs¹⁴⁷⁹. Cela tient directement à la façon dont est pensée la compétence de nomination du président de la République. Si le diagnostic est erroné, le remède est souvent inefficace. En effet, deux options s'offrent au jurislature. Soit il faut ériger des contrôles à partir de ce qui est juridiquement, c'est-à-dire à partir de ce qui « devrait être » (*sollen*). Dans cette hypothèse, les normes auront pour objet de contrôler l'exercice des nominations présidentielles

¹⁴⁷⁶ *TLFi-lex.*, entrée « Contrôle ».

¹⁴⁷⁷ Voir la liste de synonymes fournie par le *TLFi-syn.*, entrée « Contrôle ».

¹⁴⁷⁸ *TLFi-lex.*, entrée « Contrôle ».

¹⁴⁷⁹ Nous nous inspirons de la définition que J. BÉTAILLE fournit de l'efficacité de la norme : J. BÉTAILLE, *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne (...), op. cit.*, note p. 22. Sur les différences entre efficacité et effectivité, voir les informations fournies en introduction de la présente thèse, p. 57 et s.

contresignées par les membres du Gouvernement et qui, pour cette raison au moins, relèvent du pouvoir de décision de ces derniers. Ce faisant, elles manquent leur but puisque le pouvoir de désignation, capté, est bien souvent ailleurs. Soit il faut prendre acte des dérives factuelles qui attestent que, dans bien des cas, le pouvoir décisionnel relevant du Gouvernement a été capté par le président de la République et, en ce cas, les normes tenteront d'encadrer ce qui *est (sein)* en fait. Ce faisant, alors, elles contribueront toujours davantage à consolider juridiquement une pratique caractérisée par le hiatus entre pouvoir et responsabilité. Oscillant entre ces deux démarches, les contrôles présentent des limites qui confinent à leur inefficacité.

Deux grandes formes de contrôle des nominations peuvent être identifiées qui semblent toutes deux viser la mitigation du pouvoir de nomination présidentiel capté, même s'il demeure possible de les analyser comme moyens de limitation de la compétence de nomination formelle du chef de l'État. Ces formes de contrôle peuvent être présentées comme ayant une visée démocratique : par la distribution du pouvoir de désignation et/ou de la compétence de nomination, il s'agit d'assurer l'égalité. Au côté des modes classiques de contrôle (**Titre premier**), prend place une forme plus innovante en droit français, le contrôle parlementaire des désignations présidentielles (**Titre second**).

**TITRE PREMIER. LES LIMITES DES CONTRÔLES
CLASSIQUES DES NOMINATIONS PRÉSIDENTIELLES**

264. Dans son mémoire consacré au *Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la Cinquième République*, Benoît MONTAY souligne la nécessité d'associer notamment les analyses administrativiste – laquelle est une analyse « matérielle » des actes, de leurs auteurs et de leurs contrôles – et constitutionnaliste – c'est-à-dire une analyse « organique » des nominations consistant à étudier l'organisation de « ces diverses compétences au sein des autorités composant l'Exécutif »¹⁴⁸⁰ – pour rendre compte du pouvoir de nomination dans sa plénitude. Mais l'auteur part de la première pour aboutir à la seconde. Le cheminement inverse est pourtant également porteur de résultats féconds. Car la compétence de nomination du président de la République est souvent pensée et présentée à partir du caractère lié ou discrétionnaire de la compétence. Or, aborder la question des nominations sous cet angle ne peut faire véritablement sens que s'il est préalablement établi à qui appartient le pouvoir de désignation. Or, à l'évidence, affirmer que dans tel cas le président de la République est en situation de compétence liée ou, au contraire, dans tel autre, en situation de pouvoir discrétionnaire présuppose que le pouvoir décisionnel lui appartient bel et bien. Cette évidence a été ébranlée dans les pages qui précèdent. À partir d'une analyse du texte constitutionnel, a été démontré le passage d'une compétence de nomination, formelle dans la majeure partie des cas, à un pouvoir capté par le président de la République.

Afin d'étudier les contrôles en la matière, il est nécessaire de prendre acte de ce phénomène d'appropriation du pouvoir de désignation par le chef de l'État, car les contrôles des nominations peuvent tout autant être considérés comme pesant sur la compétence de nomination que sur le pouvoir de nomination. Du premier point de vue, les différents contrôles confirment le caractère formel de la compétence de nomination du chef de l'État. Ils constituent des arguments de plus pour démontrer que le président de la République ne jouit, la plupart du temps, d'aucun pouvoir décisionnel s'agissant des nominations. Ils pèsent alors sur la compétence des autorités de nomination. Mais prenant acte du présidentielisme à

¹⁴⁸⁰ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 12 (du PDF disponible en ligne).

l'œuvre en la matière, du second point de vue, ces contrôles peuvent être analysés comme des moyens de limiter le pouvoir décisionnel accaparé par le chef de l'État. Ils portent alors sur le pouvoir de nomination du président de la République. La démonstration doit donc se situer à ce confluent. Quel que soit l'angle d'analyse retenu, il apparaît que ces contrôles échouent à remplir leur objectif de mitigation du pouvoir.

265. Parmi les limitations pesant sur les nominations présidentielles et auxquelles est, la plupart du temps, attachée une vérification juridictionnelle, deux grandes distinctions méritent d'être opérées : les limitations tenant à la pluralité des participants et les limitations tenant à la pluralité des règles d'édiction des nominations. L'intervention d'un tiers dans la nomination peut effectivement contribuer à limiter le choix des autorités de nomination. De la pluralité des acteurs naît une distribution du pouvoir de désignation dont il faut être en mesure d'apprécier le caractère platonique ou non (**Chapitre premier**). De là, peut être posée à nouveaux frais la question de la compétence liée ou du pouvoir discrétionnaire. Il sera alors possible de démontrer que, si un certain nombre de conditions pèsent sur la conformité – et parfois la validité même – des actes de nomination, elles s'imposent finalement moins au président de la République qu'aux autres participants chargés du pouvoir de désignation (**Chapitre second**).

CHAPITRE PREMIER. LA PLURALITÉ DES PARTICIPANTS AU PROCESSUS DE NOMINATION

266. La pluralité des participants à l'élaboration d'une nomination peut être considérée comme un premier mode de contrôle des nominations.

La doctrine juridique, privatiste ou publiciste, définit classiquement l'acte juridique comme « une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit¹⁴⁸¹ ». Dans sa thèse consacrée aux actes unilatéraux négociés, Richard DEAU relève les limites d'une telle définition, « car non seulement des effets juridiques peuvent se produire sans acte de volonté mais en plus, une manifestation de volonté peut créer des effets de droit sans que cela constitue un acte juridique¹⁴⁸² ». En outre, ceci « revient à supposer que la volonté seule suffirait à produire du droit, autrement dit, qu'un fait pourrait produire une norme ou qu'un “devoir-être” résulterait d'un “être”¹⁴⁸³ ». Une perspective plus formelle s'impose donc. Un acte juridique est un « acte par lequel une norme juridique est créée ou appliquée et [...] un acte ne peut être

¹⁴⁸¹ R. DEAU, *Les Actes administratifs unilatéraux négociés*, thèse dact., Université d'Angers, 2006, p. 13. L'auteur présente en de tels termes la définition classique de l'acte juridique. Cf. par exemple, G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 203 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, *op. cit.*, p. 185 : « Manifestation de volonté ayant pour objet la création, l'extinction ou la modification d'une situation juridique générale » ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1973, p. 20 : « L'acte juridique est une manifestation de volonté ayant pour but et pour effet d'apporter une modification à l'ordonnement juridique » ; J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations*, t. 1 *L'Acte juridique*, Dalloz, coll. « Université », 16^e éd., 2014 : « actes volontaires, spécialement accomplis en vue de produire des effets de droit ». Cf. aussi G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, entrée « Acte » et A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.*, entrée « Acte ».

¹⁴⁸² R. DEAU, *Les Actes administratifs unilatéraux négociés*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁸³ P. BRUNET, *Vouloir pour la nation (...)*, *op. cit.*, p. 245.

juridique que s'il est conforme à la norme supérieure qui gouverne la création ou l'application du droit dans le système juridique¹⁴⁸⁴ ». Il en résulte que « la signification d'un acte de volonté ne dépend donc pas de l'intention de celui qui a voulu mais de la norme supérieure qui détermine cette signification¹⁴⁸⁵ ». Contre l'idée d'une autonomie absolue de la volonté, il s'agit d'admettre – comme prérequis – que la volonté ne crée une norme que si une autre norme elle-même lui reconnaît cette faculté.

On comprend ainsi qu'un même acte puisse avoir plusieurs auteurs, précisément parce que les actes juridiques relèvent non des faits mais des normes, non de la volonté d'individus mais de la signification qu'on leur donne. D'où la nécessité de compléter toute théorie de l'auteur par une théorie du co-auteur de l'acte juridique¹⁴⁸⁶.

Comme l'écrit Georges DUPUIS, « à lire la doctrine habituelle, l'acte plurilatéral et l'acte unilatéral se distinguent d'après le nombre de leurs auteurs¹⁴⁸⁷ ». Pourtant, ce critère numérique est à écarter dès lors que des normes peuvent avoir pour signification objective que des actes unilatéraux sont édictés par plusieurs acteurs. Puisque le critère du nombre ne semble pas discriminant pour identifier les actes unilatéraux, une part importante de la doctrine introduit un second critère qui, dans les écrits de certains auteurs, s'ajoute au premier : il s'agit de l'effet sur les destinataires ou sur les tiers¹⁴⁸⁸. L'acte unilatéral s'imposerait à ses destinataires sans requérir leur consentement. Mais le destinataire de l'acte n'a-t-il véritablement aucun rôle dans l'édiction de l'acte ? Une réponse négative semble s'imposer : sans remettre en cause l'unilatéralité de l'acte, le destinataire pourrait, lui aussi, être considéré comme coauteur.

267. Pour Charles EISENMANN, « un acte est un ensemble d'opérations élémentaires concourant à l'obtention d'un résultat distinct, que l'on s'est proposé comme but¹⁴⁸⁹ ». Pour illustrer cette définition, il prend précisément l'exemple de la nomination d'agents publics.

¹⁴⁸⁴ *Idem.*

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 246.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 246-247.

¹⁴⁸⁷ G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 209.

¹⁴⁸⁸ Entendus comme « non parties » à l'acte. L'acte plurilatéral n'aurait qu'un effet circonscrit aux parties. Voir C. FARDET, « Acte administratif » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁸⁹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983, p. 186. Précisons que ces cours ont été réédités en 2014. Nous n'avons pu travailler que sur l'édition antérieure.

On ne prend pas garde que l'acte de nomination [...] n'est qu'une partie d'une opération beaucoup plus vaste, qui est la procédure de nomination qui comporte bien d'autres éléments, et, tout d'abord, la candidature du fonctionnaire, ou bien son acceptation¹⁴⁹⁰.

Même si le mot « nomination » a, pour certains auteurs, une « saveur discrétionnaire », même s'il peut « évoquer le fait du prince », même s'il paraît inscrit « dans le registre de la prérogative souveraine », il ne paraît pas fondé d'y voir un acte « unilatéral pur »¹⁴⁹¹. Les nominations peuvent, au contraire, être saisies par le concept d' « opérations à procédure » tel que l'a défini Marcel WALINE, s'appropriant l'expression du doyen HAURIOU en la galvaudant¹⁴⁹². Il s'agit des décisions qui « ne peuvent d'après la loi être prises qu'en conclusion d'une procédure dans laquelle interviennent plusieurs organes dont les délibérations concordantes sont nécessaires¹⁴⁹³ ». L'auteur poursuit en considérant qu'une

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 187.

¹⁴⁹¹ Ces citations sont tirées de H. JOZEFOWICZ, « Le diable gît-il dans les détails ? (...) », art. cité, p. 416.

¹⁴⁹² Pour HAURIOU la définition est plus exigeante que celle retenue par le professeur WALINE puisque dans son *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 9^e éd., 1919, le doyen de Toulouse définit l'opération à procédure comme celle qui met « en mouvement plusieurs pouvoirs publics, principalement le pouvoir législatif et accessoirement le pouvoir exécutif » (p. 80). L'auteur prend d'ailleurs soin de préciser que le règlement, contrairement à la loi, n'est pas le produit d'une opération à procédure : « Sans doute les règlements doivent être pris quelquefois après avis d'un corps consultatif ou sauf approbation [*sic*] de l'autorité supérieure, mais il est de principe que les corps consultatifs ne participent pas à la décision et que l'autorité qui donne son approbation n'y participe pas davantage » (note p. 84). De son point de vue, l'acte individuel que constitue une nomination ne serait sûrement pas une opération à procédure.

¹⁴⁹³ M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 318.

C'est à dessein que nous ne nous référons pas ici à la « théorie de l'acte complexe » par application du principe de simplicité (Rasoir d'OCKHAM) : les multiples variations qu'elle connaît, ses multiples définitions et, *in fine*, ses multiples conséquences ne convainquent pas véritablement d'abandonner la typologie plus simple et binaire distinguant acte unilatéraux et actes plurilatéraux ; les actes complexes se présentant, pour ses promoteurs, comme une troisième catégorie d'actes juridiques. Pour une critique ciselée et mettant à nu les difficultés que présentent ces théories, voir H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, p. 53 et s.

La doctrine allemande de la fin du XIX^e siècle a appréhendé de tels actes sous les termes *Gesammakte* (attribué à GIERKE par G. DE BÉZIN in « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 293) et *Vereinbarungen* (attribué à BINDING par G. DE BÉZIN in *ibid.*, p. 294), livrant ces concepts à la doctrine italienne qui les reprit sous le nom d'*atti complessi* (BRONDI, « L'atto complesso nel diritto pubblico », in *Mélanges Francesco Schupfer*, Turin, 1898, p. 573 et s., cité par G. DE BÉZIN, in *ibid.*, p. 297). Ces actes furent étudiés par la doctrine française et notamment par G. DE BÉZIN sous le nom d' « actes complexes » (en sus de l'article, voir ses travaux qu'il y mentionne dans l'article cité et, en particulier, son article écrit avec M. HAURIOU « La déclaration de volonté dans le Droit administratif français », *RTD Civ.*, 1903, p. 543 et s.). Les théories allemandes de l'acte complexe furent aussi étudiées in G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, *op. cit.*, p. 169-212 en particulier). Les théories allemandes et italiennes connurent un écho dans la notion d' « opération à procédure » de M. HAURIOU (voir *supra*) et dans les concepts d' « actes collectifs » et d' « union » développés par L. DUGUIT (voir en ce sens J. MOREAU, « À la recherche de l'acte complexe », *Droits*, n°7, 1988, p. 76-77).

La définition de l'acte complexe est variable selon les auteurs. Il peut s'agir du « complexus d'actes préparatoires [qui] présente une double face : d'une part, pluralité d'actes juridiques émanant de libres individus ; d'autre part, acte unique d'une communauté qui se fait » (O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 132, cité et traduit in G. DE BÉZIN, art. préc., p. 292-293). Autrement dit, l'acte complexe est, en ce cas, « la somme de déclarations de volontés unilatérales » (G. ROUJOU DE BOUBÉE, art. cité, p. 195) qui poursuivent des intérêts communs. Cette définition renvoie à la

telle décision est produite par un « organe complexe¹⁴⁹⁴ ». Or, l'acte produit par un organe complexe n'est considéré comme parfait qu'après que l'ensemble des organes partiels devant concourir à sa formation sont intervenus. C'est effectivement en ce sens que Michel TROPER emploie le syntagme pour étudier la production de la loi¹⁴⁹⁵, que Jean-Bernard AUBY l'utilise pour décrire les « fonctions normatives communautaires¹⁴⁹⁶ » et qu'Hans KELSEN, dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, a avancé l'idée que le président de la République puisse être « organe partiel de nomination¹⁴⁹⁷ ».

268. Appliquer ce concept aux nominations du président de la Cinquième République présente au moins deux intérêts. D'une part, il permet de comprendre précisément les conditions dans lesquelles des normes juridiques prévoient la production d'autres normes juridiques ; en l'occurrence, la production des actes de nomination. D'autre part, il invite à prendre en considération la pluralité à l'œuvre dans la production du droit. Par delà l'apparence d'un pouvoir monocratique – au sens neutre et étymologique du terme –, il est souvent fait place à une pluralité d'intervenants dans la production normative. Cette pluralité confirme que d'autres organes participent aux nominations dont le président de la République est signataire. Mais la pluralité des intervenants n'est pas toujours la pluralité des auteurs. Une part de la doctrine, analysant notamment les positions jurisprudentielles du Conseil d'État, admet volontiers que l'acte d'un ensemble d'individus n'est pas nécessairement l'acte de

conception allemande du *Gesammakt* et désignerait en français, dans un vocabulaire duquiste, l'acte collectif (*loc. cit.*). L'acte complexe a aussi été conçu comme un « accord de volontés [...] ayant toutes le même contenu » (*loc. cit.*). Ceci caractérise la *Vereinbarung* allemande et l'acte-union tel que l'a pensé L. DUGUIT. Au-delà de la façon dont s'opère la rencontre des volontés, l'acte complexe peut aussi être défini en fonction de la nature des opérations qui le constituent. Soit il est le produit de plusieurs actes juridiques interdépendants, soit il naît d'un ensemble de décisions qui, pour autant, ne sont pas des actes juridiques. Seul leur produit sera un acte juridique dit complexe (voir L. DESFONDS, « La notion de mesure préparatoire en droit administratif français », *AJDA*, 2003, p. 12 et s.).

De nos jours, l'acte complexe est volontiers mobilisé par la doctrine italienne, notamment pour saisir les actes présidentiels mais n'a pas emporté l'adhésion en France. Il n'en demeure pas moins que ces travaux constituent le soubassement intellectuel permettant, à travers la notion d'acte unique d'un organe complexe, de faire l'économie de la théorie de l'acte complexe.

¹⁴⁹⁴ *Loc. cit.* Sur la composition de l'« acteur habilité », voir aussi G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 323-325.

¹⁴⁹⁵ M. TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, voir en particulier p. 19 et s., p. 124 et p. 155.

¹⁴⁹⁶ J.-B. AUBY, *L'Influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 142 : « La conséquence logique de ce que les fonctions normatives communautaires sont partagées entre les institutions est que celles-ci doivent être analysées comme des organes partiels, c'est-à-dire comme des organes titulaires, non de la totalité, mais d'une fraction de la fonction normative ; pris ensemble, ces organes simples forment un organe composé qui est le véritable titulaire de la fonction prise cette fois dans sa totalité ».

¹⁴⁹⁷ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 450.

coauteurs, car chaque individu ayant participé à la formation de l'acte considéré n'en serait pas individuellement tenu pour auteur.

En premier lieu, comme l'indique le professeur BELRHALI, un ensemble de participants peut être saisi, en droit, comme les parties d'un organe¹⁴⁹⁸, c'est-à-dire comme les personnes physiques agissant pour le compte d'un tout qui les dépasse et qui peut être doté de la personnalité juridique. L'organe désigne ainsi l'« individu ou groupe d'individus, investi du pouvoir d'assurer [...] le fonctionnement d'une personne morale¹⁴⁹⁹ ». Or, par définition, « l'acte collégial devient l'œuvre collective du groupe (et non l'œuvre multilatérale des parties votantes)¹⁵⁰⁰ ». Le droit ne peut donc faire l'économie de cette fiction qui permet de subsumer la pluralité réelle sous l'affirmation d'une unité feinte. Dès lors, il est possible d'identifier une pluralité de participants « lorsque l'élaboration d'un acte administratif unilatéral nécessite l'intervention d'organes autres que l'auteur nominal¹⁵⁰¹ ». En second lieu, la pluralité des participants se distingue de la pluralité des personnes juridiques¹⁵⁰². Non seulement, « il peut exister une pluralité de participants à l'élaboration d'un acte administratif unilatéral sans que ceux-ci représentent des personnes juridiques distinctes¹⁵⁰³ », mais encore, « l'intervention de plusieurs personnes juridiques pour créer le même acte ne suffit pas à considérer qu'il s'agit d'un acte unilatéral pris par plusieurs participants¹⁵⁰⁴ ». Nous souscrivons ainsi à la conclusion d'Hafida BELRHALI selon laquelle :

Les participants peuvent représenter différentes personnes juridiques mais ils peuvent aussi n'en représenter qu'une seule ; il peut s'agir d'organes unipersonnels ou collégiaux, dotés ou non de la personnalité juridique. Cette diversité des formes juridiques des participants se combine cependant avec une exigence constante : l'acte élaboré par les participants doit être unique¹⁵⁰⁵.

Mais il reste à déterminer, parmi ces participants, ceux qui juridiquement doivent être considérés comme (co)auteurs. « Personne n'envisage d'admettre que n'importe quelle intervention effective suffise à faire considérer l'intervenant comme l'un des coauteurs¹⁵⁰⁶ ».

¹⁴⁹⁸ H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, *op. cit.*, p. 24-28.

¹⁴⁹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, entrée « Organe ».

¹⁵⁰⁰ *Loc. cit.* Cf. A. ROSS, « Sur les concepts d' "État" et d' "organes d'État" en droit constitutionnel », trad. franç. par P. BRUNET, *Droits*, n°23, 1996, p. 133.

¹⁵⁰¹ H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 29-30. Telles sont les deux premières étapes de sa définition des « participants à l'acte ».

¹⁵⁰³ Voir ses développements, *ibid.*, p. 29-30.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹⁵⁰⁵ *Loc. cit.*

¹⁵⁰⁶ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, t. 2, p. 186.

Charles EISENMANN énonce que « du point de vue de l'analyse juridique, l'auteur d'un acte juridique ne comprend que des personnes dont la participation à l'acte est prévue par le droit, prévue dans la réglementation juridique¹⁵⁰⁷ ». De l'étude des normes textuelles et de la jurisprudence – du Conseil d'État en particulier – il apparaît que peuvent être considérés comme auteurs (le ou) les organes « disposant d'un pouvoir de consentement ou d'opposition à l'entrée en vigueur d'un acte¹⁵⁰⁸ ». En matière de nomination, un tel pouvoir revient non seulement au destinataire de l'acte mais aussi à d'autres participants.

269. Prenant le contre-pied de ce qu'affirmait le professeur YOLKA dans son article de 1999, il semble possible d'affirmer qu'à la concentration pratique du pouvoir de nomination répond la « fragmentation » juridique de l'exercice de cette compétence¹⁵⁰⁹. Souvent, une pluralité d'acteurs intervient avec le président de la République pour l'édition d'un acte de nomination. Il ne paraît donc pas fondé d'avancer que cette compétence est « [dévolue] à une autorité unique » et qu'elle s'exerce, « à défaut de dispositions contraires, sans partage »¹⁵¹⁰. En droit, la fragmentation de l'exercice de la compétence de nomination tend *in fine* à distribuer le pouvoir de choisir – c'est-à-dire le pouvoir de désignation – même si cela peut être mis en échec par le pouvoir de nomination et l'effet panoptique qu'il recèle. C'est la raison pour laquelle, eu égard aux deux critères de définition de l'acte administratif unilatéral (nombre de participants et effet sur les tiers), la qualification des actes de nomination comme actes unilatéraux (**Section 1**) ne doit pas masquer la pluralité des participants qui interviennent, parfois comme coauteurs, dans la formation d'un acte de nomination (**Section 2**).

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 372.

¹⁵⁰⁸ H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁰⁹ Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 723. L'auteur écrit : « À la concentration théorique du pouvoir de nomination répond la fragmentation pratique de son exercice ».

¹⁵¹⁰ A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 39-40.

SECTION 1. LA VOLONTÉ DE LA PERSONNE NOMMÉE COMME CONDITION RÉSOLUTOIRE DE LA NOMINATION

Compte tenu du rôle joué par le nominataire¹⁵¹¹ dans la formation de l'acte de nomination, deux raisons inclinent à y voir un acte plurilatéral. D'abord, le bénéficiaire accepte la nomination ; l'acte ne s'imposerait donc pas vraiment sans son consentement. Or, puisqu'il accepte, il dispose bien « du pouvoir de consentement ou d'opposition » identifié par EISENMANN pour caractériser l'auteur d'un acte. Que la doctrine ait pu hésiter quant au caractère contractuel ou unilatéral des actes de nomination ne surprend donc guère (§1). Finalement, une voie médiane emporte la conviction : il s'agit d'actes unilatéraux affectés d'une condition résolutoire. Une telle position, qui s'autorise de l'analyse des normes juridiques, met en valeur la fonction de la volonté du destinataire de l'acte de nomination dans le processus d'édiction de l'acte. Il s'agit d'une première cause de distribution de l'exercice de la compétence présidentielle (§2).

§1. L'évolution des conceptions doctrinales : de la nomination comme acte contractuel à la nomination comme acte unilatéral

Dans le mouvement, souvent décrit, de contractualisation de la décision administrative, les nominations apparaissent comme des figures particulières, eu égard à la place que tient le destinataire de l'acte dans la formation de celui-ci : sa volonté n'est pas étrangère à la création de l'acte. L'évolution des diverses positions doctrinales à ce sujet est bien connue¹⁵¹². D'abord considérés comme des actes contractuels (A), les actes de nomination sont désormais volontiers rangés parmi les actes administratifs unilatéraux (B).

¹⁵¹¹ Par ce terme, nous visons le bénéficiaire de la nomination.

¹⁵¹² Voir en particulier la présentation fournie in A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 143-195.

A. Les limites des conceptions contractualistes

270. La thèse selon laquelle les actes de nomination seraient des actes contractuels connut une importante audience à la fin du XIX^e siècle et dans la première partie du XX^e. L'école contractualiste défendit l'analogie entre la nomination et le contrat de droit civil avant de pencher principalement en faveur de la nomination considérée comme contrat administratif.

Pour Rodolphe DARESTE, la nomination devait être considérée comme un contrat de droit privé d'une espèce particulière : le mandat salarié. L'auteur relevait que l'État employait deux sortes de mandataires. Des mandataires « chargés d'affaires purement privées » et des mandataires chargés d'« une portion » du pouvoir de l'État¹⁵¹³. Seuls ces derniers étaient considérés par lui comme des fonctionnaires. Dans leur cas :

Le contrat qui se forme entre l'État et le fonctionnaire est un mandat salarié, mais un mandat *sui generis*. Le caractère politique y prédomine et c'est pourquoi, presque par tous pays, les contestations auxquelles il peut donner lieu sont réservées à la juridiction administrative¹⁵¹⁴.

Même s'il y voyait des contrats privés, le caractère politique de la relation qui unit l'État et son agent expliquait, selon DARESTE, la compétence du juge administratif pour en connaître¹⁵¹⁵. La thèse privatiste fut cependant vite abandonnée.

271. Prenant acte des développements de la jurisprudence administrative, Eugène PERRIQUET affirma dès 1884 que :

Entre l'État et les fonctionnaires et employés qui le servent, il est bien impossible de nier l'existence d'un lien contractuel. Malgré la forme plus ou moins solennelle que revêt un acte de nomination, il y a là, avant tout, *duorum consensus in idem placitum*¹⁵¹⁶.

Selon lui, ce contrat est administratif parce « l'État y intervient, pour exercer directement les pouvoirs constituant la puissance publique¹⁵¹⁷ ». Cela dit, PERRIQUET lui-même faisait la différence entre, d'une part, les fonctionnaires et employés liés à l'État par mandat et, d'autre

¹⁵¹³ R. DARESTE, *La Justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1862, p. 372.

¹⁵¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵¹⁵ Pour une même lecture de la position de DARESTE, voir C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵¹⁶ E. PERRIQUET, *Les Contrats de l'État*, 1884, *op. cit.*, p. 222.

¹⁵¹⁷ *Loc. cit.*

part, les ouvriers de l'État ayant seulement vocation à exécuter les décisions. Les premiers étaient, selon l'auteur, liés à l'État par un mandat administratif, tandis que les seconds étaient soumis à des contrats de louage de services relevant du droit privé¹⁵¹⁸.

Comme l'indique Alain SOULOUMIAC, citant notamment les travaux du professeur MATHIOT, les thèses contractualistes s'expliquent essentiellement par le contexte politique de l'époque.

Les partisans d'une théorie contractuelle raisonnant par analogie poursuivaient un but politique : mettre l'accent sur les avantages de carrière dont les fonctionnaires devaient bénéficier et atténuer les conséquences de la subordination hiérarchique¹⁵¹⁹.

Ces questions ne se comprennent que replacées dans leur contexte historique. Il faut se rappeler l'autoritarisme caractérisant l'administration impériale ; autoritarisme qui fut rejeté « avec le nouveau régime politique, l'ouverture du recours pour excès de pouvoir et le développement des associations de fonctionnaires¹⁵²⁰ ».

272. Le contractualisme, au reste, eut longtemps la faveur du Conseil d'État. Rendu conformément aux conclusions du commissaire du Gouvernement TARDIEU¹⁵²¹, l'arrêt *Winkell* consacra l'idée selon laquelle un « contrat de droit public [...] lie [les fonctionnaires] à l'administration¹⁵²² ». Le caractère public de ce contrat recelait cependant les limites de la contractualisation des rapports entre l'État et les personnes privées. Ces contrats ne sont pas strictement la loi des parties, comme le sont les contrats de droit privé – à supposer d'ailleurs que ce soit bien le cas en droit privé¹⁵²³.

La thèse unilatéraliste allait bientôt se substituer aux thèses contractualistes.

¹⁵¹⁸ Cette thèse apparaît dans la seconde édition de son ouvrage : E. PERRIQUET, *Les Contrats de l'État*, Marchal, Billard et Cie., 2^e éd., 1890, p. 95.

¹⁵¹⁹ M. MATHIOT, *Cours de droit administratif*, 3^e année, Les cours du droit, 1964-1965, p. 75, cité in A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 146.

¹⁵²⁰ A. SOULOUMIAC, *idem*.

¹⁵²¹ « Entre l'État et les divers agents qu'il appelle à collaborer aux divers services publics intervient ce que Laferrière appelait un contrat de droit public et que d'autres auteurs ont dénommé le contrat de fonction publique », écrit A. TARDIEU.

¹⁵²² CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.* p. 826 (avec les concl. d'A. TARDIEU, p. 1296).

¹⁵²³ Pour une réflexion à cet égard, voir notam. L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, 1998, p. 676-683.

B. Les faiblesses de la conception unilatéraliste

273. Certains auteurs, comme Édouard LAFERRIÈRE, soutinrent successivement les deux thèses strictement opposées. En 1887, dans la première édition de son *Traité de la juridiction administrative*, Édouard LAFERRIÈRE récusait l'idée de la nomination comme relation contractuelle de droit privé mais y il voyait un contrat administratif. On lit sous la plume du Vice-président du Conseil d'État d'alors que « ces contrats ne sont pas des actes de gestion, mais de véritables actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel¹⁵²⁴ ». Près de dix ans plus tard, critiquant les positions défendues par DARESTE et PERRIQUET, LAFERRIÈRE écrivait, dans la seconde édition de son *Traité* :

Il est très vrai que la fonction publique suppose, entre l'autorité qui nomme et l'agent qui est nommé, un accord de volontés qui doit également se produire dans le cas de démission volontaire ; en outre, la fonction comporte des obligations réciproques du fonctionnaire et de l'État. Mais ces obligations dérivent de la loi et non de contrats¹⁵²⁵.

Le commissaire du Gouvernement CORNEILLE affirmera en 1920, dans une affaire relative à l'engagement militaire, non sans faire écho à la seconde édition du traité de LAFERRIÈRE :

Une fois l'accord de volontés devenu effectif, la situation juridique va se différencier de la notion contractuelle. C'est le statut légal des appelés qui va s'appliquer à l'engagé. La situation juridique va se trouver, désormais, réglementaire et non contractuelle¹⁵²⁶.

274. Il fallut pourtant attendre l'arrêt *Demoiselle Minaire* de 1937 pour que le Conseil d'État abandonne la référence au contrat¹⁵²⁷. Rendu sur conclusions du commissaire du Gouvernement LAGRANGE, l'arrêt marquant l'avènement de la conception unilatéraliste des actes de nomination n'est pas exempt, lui non plus, d'une conception politique sous-jacente. M. LAGRANGE deviendra, en effet, l'un des artisans majeurs du statut des fonctionnaires adopté sous le régime de Vichy. Pour LAGRANGE, ce statut était un moyen de « reprendre

¹⁵²⁴ É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault et Cie, 1^{er} éd., 1887, p. 549, cité par A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵²⁵ É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault et Cie, 2^e éd., 1896, p. 619.

¹⁵²⁶ CE, 16 juillet 1920, *Chirac*, *Rec.* p. 708, concl. CORNEILLE, *RDJ*, 1920, p. 535 et s., cité par G. JÈZE, « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté », *RDJ*, 1923, p. 15.

¹⁵²⁷ CE, 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire*, *Rec.* p. 843.

en main les fonctionnaires en manifestant l'autorité de l'État¹⁵²⁸ ». La consécration du caractère unilatéral de l'acte de nomination, avec toute l'exorbitance qu'il recèle, s'inscrit dans cette démarche de refondation de l'autorité étatique¹⁵²⁹. Mais, compte tenu de la conception de l'acte unilatéral comme acte s'imposant sans le consentement de son ou ses destinataire(s), une telle thèse peine à rendre compte du rôle de la volonté du nominataire. « On peut être stupéfait, le mot n'est pas trop fort, que nombre de juristes de premier plan aient adopté et défendu [*la thèse de l'unilatéralisme*] [...]. Le consentement de la personne visée par l'acte de nomination est, en définitive indispensable », écrivait Charles EISENMANN¹⁵³⁰. Comment l'unilatéralité de l'acte se maintient-elle en dépit de l'accord de volontés nécessaire à la nomination que nul ne songe à nier ?

275. Bien des auteurs affrontèrent la difficulté consistant à concilier la thèse de l'unilatéralité avec le consentement du nominataire. Maurice HAURIOU recourut à un oxymore qui rend compte de l'ambivalence de la situation, sans parvenir à la dépasser. Pour lui, le fonctionnaire n'est engagé que « par une *réquisition consentie* lui conférant un statut légal, réglementaire et moral¹⁵³¹ ». Gaston JÈZE, qui soutint un temps que les nominations n'étaient pas des actes juridiques mais des faits juridiques¹⁵³², finit par se ranger à l'idée qu'il s'agissait bien d'actes juridiques unilatéraux « provoqués ou acceptés¹⁵³³ ». La volonté du nominataire interviendrait donc soit en amont (pour provoquer l'acte), soit en aval (pour l'accepter), sans toutefois entamer le caractère unilatéral de l'acte. Pour parvenir à cette conclusion, JÈZE s'appuyait sur la jurisprudence du Conseil d'État en vertu de laquelle le refus de la nomination par le fonctionnaire s'analysait comme une démission et le retrait de l'acte comme une révocation¹⁵³⁴. Car, précisément, si démission ou révocation il y a, c'est que nomination il y

¹⁵²⁸ M. LAGRANGE, Note relative au statut des fonctionnaires, à l'attention de l'Amiral DARLAN, septembre 1941, cité in M. O. BARUCH, *Servir l'État français (...)*, 1997, p. 270.

¹⁵²⁹ L'ouvrage précité de M. O. BARUCH est très riche d'enseignements sur la période vichyste et l'élaboration du statut des fonctionnaires. Voir notamment le chap. VIII, p. 268 et s.

¹⁵³⁰ Préface à la thèse de D. RUZIÉ, *Les Agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, LGDJ, 1960, p. III.

¹⁵³¹ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 5^e éd. mise à jour par A. HAURIOU, 1943, p. 73 (nous soulignons).

¹⁵³² « Le fait [de nomination], s'il n'est point un acte juridique proprement dit, revêt la forme d'un acte juridique. De là l'application au fait de nomination ou d'élection d'une série de règles édictées pour les actes juridiques unilatéraux proprement dits » (G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, op. cit., 1^e éd., 1904, p. 42).

¹⁵³³ G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. 2 *La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, M. Giard, 3^e éd., 1930, p. 423 et s.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, p. 425. Le Conseil d'État admit effectivement dans certains arrêts que, dès notification ou publication de la nomination, le fonctionnaire se trouve investi de droits et de devoirs, même sans son accord. Par exemple, CE, 13 janvier 1911, *Picquet* : nommé par arrêté préfectoral, le requérant, « dès la notification [...] s'est trouvé régulièrement investi de son nouveau mandat. » (*Rec.* p. 14) ; CE, 23 janvier 1920, *Renucci* : un magistrat

eut¹⁵³⁵. Mais sa thèse ne prenait pas suffisamment en compte les évolutions ultérieures de la jurisprudence et la véritable fonction de la volonté de la personne nommée. Dans l'affaire *Brandstetter* de 1924, le juge analysa le refus de nomination par le fonctionnaire non comme une démission, mais comme une manifestation de volonté s'imposant à l'administration et l'autorisant à nommer une autre personne¹⁵³⁶. La position duguiste prend davantage en compte cette jurisprudence mais donne également prise à la critique. Après avoir, lui aussi, déclaré que la nomination n'est pas un acte juridique¹⁵³⁷, DUGUIT, à l'inverse de LAFERRIÈRE, conçut les actes de nomination comme des actes unilatéraux¹⁵³⁸ avant de les considérer comme des actes-union¹⁵³⁹ puis, finalement, comme des actes collectifs¹⁵⁴⁰. Que le doyen de Bordeaux y vit des actes-union ou collectifs, il admettait bien alors que l'expression de deux ou plusieurs volontés était nécessaire à la formation de l'acte considéré. L'investiture « serait d'abord commencée par l'acte de nomination, continuée par l'acceptation et achevée par l'installation¹⁵⁴¹ ». Pour BONNARD, cette position était, comme celle de JÈZE, « boiteuse du point de vue du droit positif¹⁵⁴² », car elle ne rendait pas compte de la jurisprudence selon laquelle la nomination investit immédiatement le fonctionnaire. Il proposa une solution plus convaincante et toujours d'actualité à la question de la qualification de l'acte de nomination.

nommé qui n'aurait pas prêté serment n'en est pas moins effectivement investi. La nomination « a créé au profit du requérant, dès sa publication au *Journal officiel* des droits auxquels il ne pouvait être porté atteinte. » (*Rec.* p. 94). De même, le Conseil d'État analyse le retrait de l'acte de nomination comme une révocation (en ce sens, par exemple, CE, 12 novembre 1909, *Morelle*, *Rec.* p. 855).

¹⁵³⁵ La position de G. JÈZE est efficacement résumée par lui dans le commentaire qu'il propose de l'arrêt CE, 26 février 1909, *Élections de Coucy-les-Eppes* : « Valeur juridique de l'acceptation d'une fonction publique par l'individu désigné pour l'occuper », *RDP*, 1910, p. 67-69.

¹⁵³⁶ CE, 20 février 1924, *Brandstetter*, *Rec.* p. 194.

¹⁵³⁷ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, p. 428-431.

¹⁵³⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1 *Théorie générale de l'État*, 1^e éd., Fontemoing, 1911, p. 469.

¹⁵³⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1 *Théorie générale de l'État*, 2^e éd., Fontemoing, 1921, p. 302.

¹⁵⁴⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3 *Théorie générale de l'État (suite et fin)*, 2^e éd. en 4 vol., Fontemoing, 1923, p. 115. Comme l'indique Roger BONNARD, un acte-condition, produit par au moins deux volontés « ne peut être qu'un acte-union » (R. BONNARD, « La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français », *Revista de Drept Public*, 1930, p. 15). Rappelons en effet que pour DUGUIT, comme pour BONNARD, la classification des actes juridiques est double qui conjugue classification matérielle et formelle. Les actes, du point de vue matériel, sont soit des actes-règle, soit des actes-condition, soit des actes individuels. D'un point de vue formel, chacun d'eux peut être unilatéral ou plurilatéral. L'acte-règle plurilatéral est un acte collectif qui suppose unité d'objet et de but ; l'acte-condition plurilatéral est un acte-union requérant unité d'objet mais non de but ; l'acte-individuel plurilatéral est un contrat, ce qui requiert objets et buts distincts. Voir en ce sens, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2 *Théorie générale de l'État (suite)*, 2^e éd., p. 311-322 et R. BONNARD, *ibid.*, p. 2-3). Nous avons conservé l'orthographe retenue par ce dernier.

¹⁵⁴¹ R. BONNARD, *ibid.*, p. 15. L'auteur commente la thèse duguiste.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 16.

§2. L'importance de la participation du nominataire : l'acte de nomination comme acte administratif unilatéral affecté d'une condition résolutoire

En 1930, Roger BONNARD étudia les conceptions de DUGUIT et JÈZE puis proposa une solution médiane à la question de savoir quelle est la « nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français¹⁵⁴³ » (A). Cette analyse paraît toujours pertinente aujourd'hui (B).

A. L'apport de la thèse de Roger BONNARD

276. Dans son article, l'auteur commence par démontrer que, du point de vue matériel, la nomination est un acte-condition, c'est-à-dire un acte « qui [attribue] ou [enlève] à un individu déterminé une situation légale ou réglementaire¹⁵⁴⁴ ». Il distingue les actes-condition à la fois des « actes-règle qui établissent, modifient ou suppriment des situations légales ou réglementaires » et des « actes individuels (appelés aussi actes subjectifs) qui établissent, modifient ou suppriment une situation juridique individuelle »¹⁵⁴⁵. Il ajoute ensuite que cette classification matérielle se double d'une classification formelle. Les actes-condition peuvent être soit des actes unilatéraux, soit des actes plurilatéraux¹⁵⁴⁶ : l'acte unilatéral est caractérisé par « l'intervention d'une seule volonté qui produit à elle seule l'effet de droit » tandis que l'acte plurilatéral résulte « d'un concours et d'un accord de volonté [sic] »¹⁵⁴⁷. L'acte-condition plurilatéral est un acte-union c'est-à-dire qu'il « se décompose ainsi en une offre de la situation suivie d'une acceptation de cette offre¹⁵⁴⁸ ».

¹⁵⁴³ *Ibid.* Tel est le titre de son article.

¹⁵⁴⁴ R. BONNARD, « La nature juridique de la nomination (...) », art. cité, p. 2.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 4-8. Dans le même sens, G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. 2, p. 425 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1973, p. 20 et plus récemment A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, t. 2, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 8^e éd., 1986, p. 26 ; J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 203 et M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, p. 1044-1045.

¹⁵⁴⁶ R. BONNARD, « La nature juridique de la nomination (...) », art. cité, p. 2.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵⁴⁸ *Loc. cit.*

La question la plus litigieuse à son sens consiste à savoir comment qualifier l'acte de nomination du point de vue formel, compte tenu du rôle que les normes textuelles ou jurisprudentielles confèrent à la volonté du fonctionnaire dans son édicton : la nomination est-elle un acte unilatéral ou plurilatéral ? Au vu des hésitations suscitées par la jurisprudence administrative, l'auteur tente de concilier ce qui paraît inconciliable, en avançant l'hypothèse selon laquelle, « pour sortir de ce cercle vicieux, il faut admettre [...] que l'acte de nomination est un acte unilatéral soumis à une condition résolutoire qui consiste dans le refus de la fonction de la part du fonctionnaire nommé¹⁵⁴⁹ ».

Quand un acte est affecté d'une condition résolutoire il est pleinement valable dès son origine ; il produit immédiatement et à lui seul tous ses effets. Si la condition ne se réalise pas, il devient définitif et rien ne menace plus son existence. Si, au contraire, la condition se réalise, il est anéanti rétroactivement ; ses effets disparaissent ; c'est comme s'il n'avait jamais existé¹⁵⁵⁰.

Cette analyse permet effectivement de conjuguer les différents principes qui ressortent de la jurisprudence administrative contemporaine à l'auteur. L'acte de nomination emporte immédiatement ses effets, dès notification ou publication, avant l'expression même de l'acceptation¹⁵⁵¹ ; en cela il relève de la catégorie des actes administratifs unilatéraux. Cependant, un éventuel refus de nomination ne sera pas considéré comme un acte de démission¹⁵⁵² : « l'acte de nomination tombera comme étant devenu sans objet et il pourra à ce titre être retiré¹⁵⁵³ ». En ce sens, il s'agit bien d'une condition résolutoire et non suspensive¹⁵⁵⁴. Cette analyse est encore valable au XXI^e siècle en dépit de quelques modifications du régime de ces actes.

¹⁵⁴⁹ R. BONNARD, « La nature juridique de la nomination (...) », art. cité, p. 17. Il indique que cette idée a été « lancée comme une hypothèse » par JÈZE (*in Principes de droit administratif*, t. 2, p. 428) qui ne l'a pourtant pas retenue.

¹⁵⁵⁰ *Idem.*

¹⁵⁵¹ Outre les arrêts CE, 13 janvier 1911, *Picquet* et CE, 23 janvier 1920, *Renucci* déjà cités, voir CE, 26 mars 1920, *Vidal*, *Rec.* p. 328, qui retient la même solution que dans l'affaire *Renucci*, formulée de façon identique. Signalons que dans l'arrêt *Castelli* (CE, 22 décembre 1924, *Rec.* p. 1045), le Conseil d'État précise expressément la fonction de l'installation : elle permet à la nomination de « prendre effet », tandis que la notification a pour conséquence de créer immédiatement des droits au bénéfice du fonctionnaire (*Rec.* p. 1046). En l'espèce, il s'agissait de la nomination d'un receveur des postes par arrêté du gouverneur général de l'Algérie.

¹⁵⁵² CE, 20 février 1924, *Brandstetter*, *préc.*

¹⁵⁵³ R. BONNARD, « La nature juridique de la nomination (...) », art. cité, p. 18.

¹⁵⁵⁴ Sur cette distinction classique en droit civil, voir par exemple J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations*, t. 3 *Le rapport d'obligation*, Dalloz, coll. « Université », 8^e éd., 2013. Les auteurs définissent la condition comme « un événement futur et incertain dont dépend l'existence de l'obligation » (p. 272. Ils soulignent). La condition est suspensive lorsque « c'est la naissance de l'obligation qui est subordonnée à la réalisation de la condition » ; elle est résolutoire lorsque « c'est l'effacement, la résolution, de l'obligation qui

B. La pérennité relative de la thèse de Roger BONNARD

Bien que cette thèse puisse s'appliquer à la plupart des actes de nomination (1), elle présente certaines limites (2).

1. Une condition résolutoire affectant la majorité des actes de nomination : l'accord du nominataire

277. Bien des auteurs adhèrent désormais à l'analyse de Roger BONNARD¹⁵⁵⁵ que la jurisprudence corrobore. Il est admis par le Conseil d'État que, sauf mention contraire, la nomination entre en vigueur et produit ses effets dès sa signature¹⁵⁵⁶. Cela vaut d'ailleurs tant pour les nominations de fonctionnaires que pour certaines nominations étrangères à la fonction publique. Ainsi le Premier ministre et les ministres sous la Cinquième République entrent-ils en fonction dès signature de l'acte de nomination¹⁵⁵⁷.

est subordonnée à cette survenance » (p. 273. Ils soulignent).

¹⁵⁵⁵ Par exemple, J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 200 ; N. CHIFFLOT, P. CHRÉTIEN et M. TOURBE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 408 ; O. DORD, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 142 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1973, p. 20 ; Y. GAUDEMET, « Existe-t-il une "catégorie" d'agents publics contractuels de l'administration ? », *AJDA*, numéro spécial : Problèmes de la fonction publique, 1977, p. 615 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 129 ; A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La Fonction publique, op. cit.*, p. 433 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. « Domat Droit public », 7^e éd., 2010, p. 280 ; C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français, op. cit.*, p. 80 ; M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général, op. cit.*, p. 1089.

¹⁵⁵⁶ Tel est l'apport de l'arrêt CE, 19 décembre 1952, *Demoiselle Mattéi*, *Rec.* p. 594. Voir aussi, dans le même sens, CE Sect., 10 janvier 1958, *Deville*, *Rec.* p. 27. Le traitement contentieux de la signature est étudié spécifiquement *infra* p. 351 et s.

¹⁵⁵⁷ Cons. const., décis. n°2002-19 ELEC du 22 mai 2002, *M. Hauchemille et Association DÉCLIC*, cons. 6, décis. préc. et décis. n°2000-26 REF du 6 septembre 2000, *M. Hauchemille*, *JORF* du 9 septembre 2000, p. 14164, *Rec.* p. 140, cons. 10. Il faut toutefois signaler que dans les faits, l'acceptation de la nomination par le Premier ministre et les ministres a évidemment lieu en amont, avant la signature de l'acte. Sur l'incapacité à refuser une nomination proposée par DE GAULLE et qui donne sens à l'expression hauriouiste de « réquisition consentie », voir par exemple le témoignage de J. FOYER qui a eu « le malheur de devenir garde des Sceaux » (J. FOYER, in COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République, op. cit.*, vol. 5, p. 76-77). De même, Raymond BARRE aurait affirmé au Président GISCARD D'ESTAING : « Je ne suis pas candidat, mais si vous deviez me désigner, j'accepterais. La fonction de Premier ministre, si le Président vous en juge digne, ne se refuse pas » (V. GISCARD D'ESTAING, *Le Pouvoir et la vie*, t. 2 *L'affrontement, op. cit.*, p. 131). Valéry GISCARD D'ESTAING raconte également les raisons pour lesquelles Alain PEYREFITTE a refusé de devenir Premier ministre après la démission de Jacques CHIRAC et avant que le poste fût proposé à R. BARRE (*Le Pouvoir et la vie*, t. 2 *L'affrontement, op. cit.*, p. 124 et s.). Voir aussi S. GUILLAUME, *Antoine Pinay ou la Confiance en politique, op. cit.*, p. 156-157 qui indique qu'Antoine PINAY ne fut nommé ministre de l'Économie et des Finances du dernier Gouvernement de la Quatrième République que suite aux refus que Wilfrid BAUMGARTNER et François BLOCH-LAINÉ opposèrent au général DE GAULLE.

Mais, pour la plupart des nominations, l'acte ne sera considéré comme parfait qu'après acceptation par le nominataire. Tel est effectivement le sens des conclusions prononcées par le commissaire TRICOT sur l'affaire *Anglade*. En cas de refus de la nomination :

Fait [...] défaut un élément nécessaire à la perfection de l'acte complexe qu'est une nomination : la volonté de l'agent de donner à cet acte les suites qu'il comporte, sans y rien retrancher ou ajouter. L'acte demeure imparfait et peut être à tout moment retiré par son auteur¹⁵⁵⁸.

Autrement dit, si après la signature de l'acte et, en pratique, après notification, le nominataire refuse explicitement la nomination, son refus ne s'analyse pas comme une démission. Il en va de même si l'intéressé ne rejoint pas son poste d'affectation¹⁵⁵⁹. Dans certains cas, en effet, l'acceptation de la nomination résulte de l'installation ; réciproquement, le défaut d'installation s'analyse comme un refus de nomination. S'agissant des préfets, par exemple, le juge administratif considère de façon régulière que la nomination ne suffit pas à leur permettre d'exercer immédiatement leurs fonctions. L'exercice est conditionné par l'installation, c'est-à-dire par cet « acte matériel [...] par [lequel] l'agent est publiquement investi de ses fonctions¹⁵⁶⁰ ». Ainsi lorsqu'un préfet succède à un autre, le premier demeure compétent tant que l'installation du second n'a pas eu lieu¹⁵⁶¹. En d'autres termes, si l'installation est considérée comme un acte matériel à travers lequel se lit la volonté de l'intéressé, elle n'est pas dépourvue d'effets de droit¹⁵⁶². Pour autant, le préfet acquiert son statut avec la nomination et non lors de son installation. Il en va de même pour les magistrats de l'ordre judiciaire, qui acquièrent le statut de magistrat dès signature de l'acte de nomination leur conférant cette qualité. La prestation de serment et la cérémonie d'installation ont simplement vocation à leur permettre d'exercer effectivement leurs fonctions¹⁵⁶³.

Cette analyse vaut également s'agissant des nominations dans l'ordre de la Légion d'honneur : l'acte de nomination est valide dès signature mais ne prend effet qu'à compter de la réception dans l'ordre¹⁵⁶⁴. Le destinataire peut refuser la distinction. Ainsi l'économiste

¹⁵⁵⁸ CE, 5 juillet 1957, *Anglade, D.*, 1957, p. 545, concl. B. TRICOT.

¹⁵⁵⁹ CE, 23 janvier 1976, *François, AJDA*, 1976, p. 575.

¹⁵⁶⁰ C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français, op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁶¹ CE, 27 avril 1973, *Demaiselle Serre, Rec.* p. 302. Voir aussi CE, 3 juillet 1998, *Commune de la Bruguière, Rec.* p. 286.

¹⁵⁶² En plus de permettre l'exercice effectif de l'habilitation résultant de la nomination, l'installation marque le début effectif du service et donc du droit au traitement de l'agent comme du calcul de son ancienneté ouvrant ses droits à pension. Voir C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français, op. cit.*, p. 9-10.

¹⁵⁶³ CE Sect., 1^{er} octobre 2010, *Tacite, AJDA*, 2010, p. 1856.

¹⁵⁶⁴ Art. R. 48 du Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire.

Thomas PIKETTY la refusa en janvier 2015¹⁵⁶⁵ comme le firent avant lui¹⁵⁶⁶ Jacques TARDI, Jacques PRÉVERT, Jean-Paul SARTRE ou encore Georges BRASSENS. Il est alors légalement permis de retirer l'acte à toute époque¹⁵⁶⁷.

2. Une condition résolutoire inapplicable à certaines nominations : les limites de la volonté du nominataire

278. Trois situations doivent être distinguées qui illustrent les limites du rôle de la volonté du bénéficiaire d'un acte de nomination. Il se peut qu'elle ne soit absolument pas requise, qu'elle soit insuffisante pour parfaire l'acte ou insuffisante pour permettre la disparition de celui-ci.

Premièrement, la nomination intervient parfois sans l'accord du destinataire. L'affirmation selon laquelle l'acte de nomination est un acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire ne rend pas suffisamment compte des nuances que recèle la notion de « nomination ». Si la nomination consiste en l'attribution d'un emploi, d'une mission, d'un titre ou d'une dignité, elle peut viser notamment les mutations¹⁵⁶⁸ qui, contrairement à l'avancement de grade ou de changement de corps par voie d'intégration par exemple¹⁵⁶⁹, n'interviennent pas toujours à l'initiative et donc avec l'accord du fonctionnaire ; elles peuvent être prononcées d'office, dans l'intérêt du service¹⁵⁷⁰. Si la mutation est une espèce de nomination, alors la thèse bonnardienne doit être nuancée¹⁵⁷¹.

¹⁵⁶⁵ P. ROGER, « Le pied de nez de Piketty au Gouvernement », *Le Monde*, 3 janvier 2015, p. 7.

¹⁵⁶⁶ Voir « Légion d'honneur : ils ont eu l'audace de dire "non" au "hochet" », *Le Progrès – Lyon*, 23 août 2010, p. 2.

¹⁵⁶⁷ CE Sect., 24 février 1967, *de Maistre*, *Rec.* p. 91 : « [Considérant que les dispositions de l'article R. 48 précité] ne sauraient être interprétées comme assortissant les nominations dans l'Ordre de la Légion d'honneur d'une condition suspensive ; que dès leur signature, les décrets de nomination ou promotion créent, par eux-mêmes des droits au profit de leurs bénéficiaires [...] ; que, par suite, un de ces décrets ne peut être légalement rapporté que s'il est entaché d'illégalité et à la condition que le retrait soit prononcé dans le délai de recours contentieux ou si l'intéressé manifeste clairement son refus d'accepter la nomination dont il a été l'objet » (nous soulignons). Voir aussi : CE Ass., 14 mai 1954, *Clavel*, *Rec.* p. 270 (avec les concl. LAURENT).

¹⁵⁶⁸ Voir *infra* les définitions proposées p. 36 et s.

¹⁵⁶⁹ Sur ce point, voir O. DORD, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 158-159 et F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 321. Trois grands types de procédés permettent, selon les différents corps, l'avancement de grade : l'inscription au tableau d'avancement, établi « par appréciation de la valeur professionnelle » des candidats ou l'inscription au tableau « après une sélection par voie d'examen professionnel » ou la sélection « par voie de concours professionnel ».

¹⁵⁷⁰ O. DORD, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 163 et s. ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 322 et s.

¹⁵⁷¹ Certains auteurs admettent que la mutation est une forme de nomination et retiennent, cependant, la thèse bonnardienne. Par exemple, J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 200 et p. 274.

Deuxièmement, il se peut qu'une nomination, même en cas d'acceptation par son destinataire, soit néanmoins considérée comme inexistante : dans ce cas, la volonté du bénéficiaire ne suffit pas à la perfection de l'acte. Il en va ainsi en particulier des nominations pour ordre, c'est-à-dire des décisions consistant à nommer un fonctionnaire sur un emploi non vacant dans le seul but de lui conférer les avantages liés à la nomination. De tels actes ne créent de droits, au bénéfice du nominataire, ni quant à leurs effets ni quant au « maintien de la décision¹⁵⁷² » car ils sont considérés comme inexistantes. Ceci résulte d'une jurisprudence constante et bien connue¹⁵⁷³ qui fut confirmée par la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*¹⁵⁷⁴.

Enfin, dans le cas où la nomination est un acte explicite et créateur de droits¹⁵⁷⁵, elle ne peut être retirée ou abrogée que dans les conditions établies par la jurisprudence conjuguée *Ternon-Coulibaly* : « Sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer ou abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale¹⁵⁷⁶ ». Cette jurisprudence confirme l'insigne fonction de la volonté du bénéficiaire d'une nomination : à sa demande, quel que soit le moment, le retrait est possible. Mais la généralisation de cette solution peut susciter certaines questions, car des principes constitutionnels pourraient s'y opposer. Ainsi,

¹⁵⁷² Cette typologie est proposée in N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, op. cit., p. 69 et s. L'auteur propose de distinguer les actes créant un « droit aux effets de la décision », des actes créant un droit au « maintien de la décision ».

¹⁵⁷³ Par exemple, CE, 15 juin 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale du Ministère des colonies*, Rec. p. 494 (un fonctionnaire avait été nommé à un poste de chef de bureau lors même qu'aucune vacance d'emploi n'existait à la date de la nomination) ; CE, 6 février 1948, *Bonfanti*, Rec. p. 61 ; CE, 30 juin 1950, *Massonaud*, Rec. p. 400 ; plus récemment CE Ass., 15 mai 1981, *Maurice*, Rec. p. 221 : le Conseil d'État était saisi de la nomination d'un magistrat judiciaire (exceptionnellement par arrêté du garde des Sceaux) qui n'avait « pour objet ni de pourvoir aux besoins de ce tribunal, ni de [lui] permettre » d'exercer ses fonctions. Dans le même sens, récemment, le Conseil d'État a reconnu que le Syndicat de la Magistrature justifiait d'un intérêt à agir contre un décret procédant à une nomination pour ordre dans un emploi d'avocat général à la Cour de cassation : CE Sect., 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature* (AJDA, 2013, p. 142), à propos de la nomination très controversée et dont la presse s'est fait écho de François MOLINS, qui fut directeur de cabinet de Mme ALLIOT-MARIE, ministre de la Justice, et de son successeur, M. MERCIER.

¹⁵⁷⁴ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 12.

¹⁵⁷⁵ Certains actes de nomination ne créent aucun droit au maintien de la décision ; cette précarité est caractéristique des nominations laissées à la décision du Gouvernement. Voir article 25 de la loi du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*. Voir CE Sect., 17 janvier 1973, *Cazelles*, Rec. p. 43 (au sujet de la révocation du secrétaire général de la défense nationale) ; CE, 12 novembre 1997, *Fessard de Foucault*, Rec. T. p. 646 (annulation de la révocation de l'ambassadeur requérant) ; voir aussi, pour une espèce proche, CE, 26 février 2014, *R. Debbasch*, inédit au Rec. (annulation de la révocation d'un recteur d'académie pour vice de procédure).

¹⁵⁷⁶ Tel est le considérant de principe de l'arrêt *Coulibaly* qui réitère en l'étendant à l'abrogation (et non plus seulement au retrait) le considérant de l'arrêt *Ternon* (nous soulignons). Cf. CE Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, Rec. p. 497 et CE Sect., 6 mars 2009, *Coulibaly*, Rec. p. 79.

le Conseil d'État a-t-il jugé dans son arrêt *Tacite*, conformément aux conclusions de Mattias GUYOMAR, que les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire faisaient obstacle à ce que la jurisprudence *Ternon* fût appliquée à la nomination d'un magistrat¹⁵⁷⁷. L'administration pourrait-elle cependant retirer l'acte à la demande du bénéficiaire ? La réponse est incertaine. Le rapporteur public affirme toutefois dans ses conclusions qu'une telle solution n'a vocation à s'appliquer que pour les emplois qui bénéficient à la fois du principe d'indépendance et du principe de séparation des pouvoirs. Il propose donc qu'elle puisse ultérieurement être étendue au bénéfice des magistrats de l'ordre administratif mais écarte explicitement que puissent être concernés les professeurs d'Université.

L'analyse de l'acte de nomination comme acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire permet de mesurer l'importance de la volonté du nominataire dans la formation de la grande majorité des actes de nomination. Si la signature présidentielle est nécessaire à la validité de l'acte, le bénéficiaire peut néanmoins le refuser. Doté de cette faculté de consentir ou de s'opposer à l'acte, le destinataire pourrait être considéré comme son coauteur. Sa volonté n'a cependant pas pour effet de faire de la nomination un acte contractuel. Celle-ci demeure un acte administratif unilatéral mais n'est parfaite qu'en l'absence de réalisation de la condition résolutoire qu'est l'acceptation de la nomination. Que le Président décide ou non des nominations, la volonté des nominataires s'impose néanmoins ; la volonté présidentielle, seule, est insuffisante. L'intervention d'autres acteurs, potentiellement coauteurs, confirme cette idée.

SECTION 2. LA PLURALITÉ DES AUTEURS COMME FRAGMENTATION DE LA COMPÉTENCE DE NOMINATION

279. « Tout en semblant discrétionnaire du point de vue du juge en ce qu'elle émane de l'Administration, la marge d'appréciation de l'autorité nommante peut être sensiblement

¹⁵⁷⁷ CE Sect., 1^{er} octobre 2010, *Tacite*, préc.

réduite par la participation d'autres organes au processus de la décision¹⁵⁷⁸. » Si le nominataire lui-même peut déjà être considéré comme un participant au processus de décision, d'autres formes de participation peuvent avoir un effet plus radical sur le processus de désignation¹⁵⁷⁹.

Dans l'un des cours qu'il consacra aux « actes juridiques de l'administration », Charles EISENMANN écrivit que « l'acte juridique est objectivement une opération complexe en elle-même¹⁵⁸⁰ ». Rares sont effectivement « les décisions arrêtées dans le secret total, même au stade de la préparation, par un autocrate, monarque absolu ou dictateur, écrites et signées et scellées par lui-même de sa propre main¹⁵⁸¹ ». Ce constat général s'applique bien aux nominations opérées par le président de la République que l'on considère ou non qu'il dispose en ce domaine d'un pouvoir de désignation. La plupart du temps, en effet, elles sont produites de façon réticulaire par l'interconnexion entre différents acteurs. Ce « morcellement des compétences¹⁵⁸² » se présente comme un mode de contrôle de l'exercice de la compétence de nomination par le président de la République : dans ce cas, la thèse de Lino DI QUAL enseigne que la « compétence est liée au premier degré¹⁵⁸³ ». Néanmoins, cette pluralité des acteurs peut être mise en échec par le pouvoir de nomination lui-même. De la même façon qu'il est une ressource aux mains du chef de l'État pour étendre le champ de son habilitation¹⁵⁸⁴, ce pouvoir est une ressource pour en maîtriser l'exercice : il « paralyse les dispositifs formels qui devraient entraîner en droit un partage du pouvoir¹⁵⁸⁵ ».

Si la « réglementation juridique » associe la qualité d'être l'auteur d'un acte de nomination à ceux qui disposent d'une faculté de consentement ou d'opposition, l'étude des procédures de nomination révèle l'existence d'un certain nombre de coauteurs des nominations. Elle fait

¹⁵⁷⁸ A. SOULOUMIAC, *Le Pouvoir de nomination*, t. 1, *op. cit.*, p. 204.

¹⁵⁷⁹ Sur la « décision négociée » et son atténuation de la prise de décision « unitaire et autoritaire », voir N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 303 et s.

¹⁵⁸⁰ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, t. 2, p. 372.

¹⁵⁸¹ *Loc. cit.*

¹⁵⁸² L. DI QUAL, *La Compétence liée*, *op. cit.*, p. 239.

¹⁵⁸³ Lorsque « l'agent est lié en cas d'action », sa compétence est liée au premier degré (*ibid.*, p. 199). Ceci peut résulter d'un morcellement des compétences : « la compétence de l'administration est liée au premier degré dans le cas où, à la suite de la décision d'une autre autorité administrative (dotée d'un pouvoir de décision ou non), elle ne peut, si elle décide d'agir, qu'adopter la position prise par cette autorité » (*ibid.*, p. 239). L'auteur identifie trois hypothèses d'une telle situation : « avis conforme, autorisations ou approbations [...] et présentation de candidat à la fonction publique par un jury ou une autre autorité » (*idem*). Lorsque sa compétence est liée au premier degré, l'autorité jouit du pouvoir discrétionnaire d'agir ou non ; mais, si elle décide d'agir, son action est liée. La « compétence liée au second degré » désigne « l'obligation d'agir » (*ibid.*, p. 251). Enfin, l'auteur appelle « compétence ligotée », le cas où l'autorité *doit* agir dans un délai déterminé.

¹⁵⁸⁴ Ceci est démontré au chapitre précédent (voir en particulier *supra* p. 290 et s.).

¹⁵⁸⁵ J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 662.

apparaître la diversité des interventions ayant prise sur la décision finale : diversité des participations à l'*instrumentum* d'une part (§1) et des participations au *negotium*¹⁵⁸⁶ d'autre part (§2).

§1. La pluralité des participants à l'*instrumentum*

Avant d'étudier le traitement contentieux de la contresignature et avant de démontrer que les contresignataires peuvent être tenus pour coauteurs des actes de nominations (B), il incombe d'étudier la signature présidentielle comme autre participation à l'*instrumentum*. Le président de la République est-il vraiment auteur des nominations (A) ?

A. Le signataire des actes de nomination

280. Pour déterminer l'auteur d'un acte juridique, la première démarche consiste souvent à s'enquérir de l'identité du signataire¹⁵⁸⁷. Le président de la République serait auteur des nominations que certaines normes l'habilitent à signer. Le juge vérifie effectivement que la signature requise soit apposée sur l'acte¹⁵⁸⁸. Pourtant, la signature n'opère que comme un indice pour déterminer les auteurs de l'acte considéré. En effet, il se peut que celui qui signe l'acte n'en soit pas auteur. C'est notamment le cas lorsque le signataire est bénéficiaire d'une délégation de signature. Il se peut aussi que l'auteur de l'acte ne l'ait pas signé. Ceci semble évident lorsque l'acte est informel. La signature permet donc seulement de présumer que le

¹⁵⁸⁶ Aussi surprenant que puisse sembler le choix de ce terme s'agissant d'actes unilatéraux, il se justifie doublement. *Primo*, car il ne présume pas l'existence d'une négociation : il s'agit simplement de viser l'« affaire » concernée (comme l'indique l'origine latine), c'est-à-dire le fond de l'acte. *Secundo*, à supposer même que le *negotium* puisse seulement désigner la négociation, cette idée n'est pas pleinement absente de l'édition d'une nomination : l'objet même de la présente section est de souligner la pluralité des participations et donc l'exigence juridique d'une discussion. Pour l'usage d'une telle distinction appliquée aux actes administratifs unilatéraux, voir par exemple P.-L. FRIER, « Vice de forme », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2004, mis à jour en 2014, §2.

¹⁵⁸⁷ Quant au « contrôle ambivalent de la signature de l'acte », voir A. CALOGEROPOULOS, *Le Contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1983, p. 76-82.

¹⁵⁸⁸ CE, 25 novembre 1994, *Cuttat*, *Rec T.* p. 1006 (au sujet de la nomination du président du TGI de Toulon).

signataire est auteur de l'acte¹⁵⁸⁹. La façon dont le juge administratif traite de la signature des actes de nomination par le président de la République¹⁵⁹⁰ fait perdurer au contentieux la « magie des textes juridiques » évoquée par Raymond JANOT selon lequel « lorsqu'on dit "le président fait quelque chose" cela signifie en fait que ce n'est pas lui¹⁵⁹¹ ». Car, parmi les décrets signés du président de la République, encore faut-il être en mesure d'identifier ceux pour lesquels le président de la République dispose « d'un pouvoir de consentement ou d'opposition à l'entrée en vigueur d'un acte¹⁵⁹² ». En d'autres termes, il convient de se demander si les normes donnant compétence au président de la République pour signer les actes de nomination font de lui l'auteur des nominations. Tout dépend de la définition donnée à l'auteur d'un acte juridique.

281. Il a été démontré que dans la majeure partie des cas les normes constitutionnelles et les normes qui les concrétisent – fussent-elles non conformes – contraignent le président de la République à nommer et donc à signer les actes de nomination sans avoir à statuer sur le fond de l'acte. De ce point de vue et dans ces hypothèses, le président de la République ne jouit pas d'une faculté de consentement ou d'opposition. Suivant la conception de Charles EISENMANN de l'auteur d'un acte juridique, le président de la République ne serait pas auteur de l'acte parce que le droit ne l'appelle pas « à donner ou à refuser, par une décision personnelle et *libre*, [son] consentement à la norme¹⁵⁹³ » ; il est contraint d'y consentir. Dans la perspective du professeur EISENMANN, « sont donc exclus du champ des coauteurs tous les participants dont le consentement est lié au lieu d'être libre¹⁵⁹⁴ ». La rupture entre une telle conception doctrinale de l'auteur de l'acte administratif et les solutions que le droit positif propose – par ses normes textuelles comme jurisprudentielles – est manifeste. Avec le professeur BELRHALI, et à l'inverse de ce que retenait Charles EISENMANN, il semble qu'il soit possible d'écarter l'exigence de consentement libre pour identifier l'auteur d'un acte juridique. Ainsi, même s'il est en situation de compétence liée (au premier et au second

¹⁵⁸⁹ Dans le même sens, voir R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1974, p. 209. Voir l'étude que l'auteur consacre à la signature, p. 199-214.

¹⁵⁹⁰ Voir aussi, s'agissant des actes réglementaires, P. AVRIL, « Les décrets réglementaires du président de la République non délibérés en Conseil des ministres », *AJDA*, 1976, p. 116 et s.

¹⁵⁹¹ R. JANOT, in D. MAUS et O. PASSELECQ (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 47.

¹⁵⁹² H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 99.

¹⁵⁹³ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., t. 1, p. 416 (nous soulignons).

¹⁵⁹⁴ H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 75.

degré¹⁵⁹⁵), autrement dit même s'il exerce sa compétence formelle, le président de la République peut être considéré comme l'auteur des actes de nomination. Et affirmer cela ne doit donc nullement préjuger de sa faculté – juridiquement organisée – de statuer ou d'empêcher en la matière. Comme l'écrit André CALOGEROPOULOS :

Pour contrôler la régularité organique de la décision, le juge procède en effet à l'imputation de celle-ci sur le chef de l'autorité dont la signature figure sur l'*instrumentum* de l'acte. Il décide ainsi que son signataire *doit être considéré comme son auteur*¹⁵⁹⁶.

Même si le président de la République ne peut nommer que conformément à une décision préalable à son intervention et qui s'imposera à lui, il sera néanmoins « considéré comme » auteur de l'acte de nomination. Certes, un tel procédé d'imputation fait potentiellement fi de certaines participations susceptibles de transférer le pouvoir de désignation et qui réduisent par là l'office présidentiel en « pouvoir d'entérinement¹⁵⁹⁷ ». Si cette fiction est volontiers considérée comme nécessaire, elle ne doit donc pas tromper quant à sa signification juridique : le président de la République bénéficie d'une compétence de nomination principalement formelle ; la plupart du temps, il ne dispose pas du pouvoir de désignation. Et à supposer encore, compte tenu des violations de la Constitution institutionnalisées en vertu desquelles le président de la République décide en la matière, que le chef de l'État soit effectivement auteur, au sens eisenmannien, il n'en demeurerait pas moins que d'autres organes interviennent à ses côtés pour concourir à la production d'un acte de nomination. Eux-mêmes pourraient également être auteurs des nominations. Ici ressurgit la question des contresignataires, autres participants à l'*instrumentum*.

B. Les contresignataires des décrets de nomination

282. La fonction du contresigning, telle qu'elle résulte d'une analyse de la Constitution, trouve-t-elle des prolongements dans l'étude de la jurisprudence administrative ? La contresignature apparaît à deux reprises dans le texte constitutionnel de la Cinquième

¹⁵⁹⁵ Voir les définitions proposées par l'auteur et présentées *supra* note p. 212.

¹⁵⁹⁶ A. CALOGEROPOULOS, *Le Contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, *op. cit.*, p. 179 (nous soulignons).

¹⁵⁹⁷ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, *op. cit.*, p. 32 et s. (du PDF disponible en ligne).

République. L'article 19 de la Constitution établit la contresignature de principe des actes présidentiels « par le Premier ministre et, le cas échéant par les ministres responsables », tandis que l'article 22 prévoit la contresignature, « le cas échéant », des actes du Premier ministre « par les ministres chargés de leur exécution ». Il semble qu'il faille distinguer le contreseing de l'article 19 qui a une fonction politique (ou « fonction d'ordre juridique substantiel¹⁵⁹⁸ ») déjà étudiée¹⁵⁹⁹ et le contreseing de l'article 22 qui a une « fonction d'ordre juridique formel¹⁶⁰⁰ ». Le Conseil d'État ne retient pourtant pas une telle distinction.

En effet, ainsi que le note Céline WIENER, l'adjectif « responsable » figurant à l'article 19 vise non pas une responsabilité au sens « politique (de ce point de vue, *le contreseing ou la signature du Premier ministre [sont] suffisants*), mais, au sens administratif, de la responsabilité de l'exécution d'une décision¹⁶⁰¹ ». Aussi discutable cela soit-il, tel est le sens de la jurisprudence du Conseil d'État¹⁶⁰². Une telle position jurisprudentielle ne résout cependant pas la question de savoir si le contresignataire doit être considéré comme coauteur de l'acte de nomination. Autrement dit, la règle du contreseing est-elle une règle de procédure ou de compétence ? C'est en ces termes du moins qu'un certain nombre d'auteurs étudient la question de la contresignature en l'abordant sous l'angle contentieux¹⁶⁰³. Or, l'étude de la jurisprudence administrative autorise des réponses contraires.

283. Suivant une première perspective, une part importante de la doctrine incline à penser que le contreseing n'est qu'une règle formelle insusceptible d'entacher l'acte d'un vice d'incompétence. Il s'agirait d'une simple méthode d'identification¹⁶⁰⁴, d'une mesure de publicité¹⁶⁰⁵ ou d'une manifestation, souvent feinte, de l'unité de la décision gouvernementale¹⁶⁰⁶. Pour d'autres auteurs, suivant une deuxième voie, le contreseing serait

¹⁵⁹⁸ J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 235.

¹⁵⁹⁹ Voir le premier chapitre de la thèse.

¹⁶⁰⁰ J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », art. cité, p. 235.

¹⁶⁰¹ C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1970, p. 45 (nous soulignons).

¹⁶⁰² Le juge administratif retient que « les ministres chargés de l'exécution » d'un décret primo-ministériel qu'ils contresignent sont ceux « qui ont compétence pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution du décret » (CE Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, Rec. p. 279). En revanche, les « ministres responsables » sont « ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des décrets dont s'agit » (CE Sect., 10 juin 1966, *Pelon*, Rec. p. 384).

¹⁶⁰³ Voir H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 50-52 où sont restitués les principaux termes du débat doctrinal qui existe à ce sujet. Cf. C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, op. cit., p. 40.

¹⁶⁰⁴ E. LANGAVANT, « Le contreseing des actes du président de la République », *AJDA*, 1960, p. 146.

¹⁶⁰⁵ R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 230.

¹⁶⁰⁶ Sans y souscrire elle-même, c'est ainsi que Céline WIENER présente cette position selon laquelle le

une « formalité substantielle » qui « symbolise alors l'association des ministres à l'émission de l'acte et atteste également de leur engagement à l'exécuter »¹⁶⁰⁷. De telles conceptions, qui se veulent fondées sur la « logique présidentialisée¹⁶⁰⁸ » du système politique de la Cinquième République, font ressurgir la confusion entre norme et pratique. Elles s'appuient pourtant sur un nombre important de décisions contentieuses. Le professeur CHAPUS écrit que « les dispositions qui l'imposent [*le contreseing*] ont (selon une jurisprudence dont le bien-fondé ne paraît pas évident à tous), la nature de règles de forme et non de règles de compétence¹⁶⁰⁹ ». Le « bien-fondé » d'une telle jurisprudence n'est effectivement « pas évident » car présenter le contreseing comme une formalité, même substantielle, confine à la rupture entre droit administratif et droit constitutionnel et peine à fournir une vision unifiée de la contresignature¹⁶¹⁰. L'unification est pourtant possible et sûrement souhaitable. La solution réside dans une troisième voie.

284. Celle-ci consiste à chercher à rendre compte du contreseing dans sa dimension administrative, conformément à la conception constitutionnelle qui la sous-tend. Dans ce cas, il faut admettre le contreseing comme une règle de compétence. Cette troisième voie s'autorise elle aussi de certaines décisions du Conseil d'État.

Pour le démontrer, il faut remarquer d'emblée que, parmi les vices touchant la légalité externe des actes administratifs, la distinction des griefs tenant à un vice de forme et de procédure, d'une part, et à un vice de compétence, d'autre part, n'est ni pleinement satisfaisante d'un point de vue intellectuel ni pleinement fidèle à la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, un vice de procédure peut aller jusqu'à entamer la compétence de l'auteur de l'acte soumis au juge. Depuis la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e, d'illustres voix se sont élevées pour affirmer cela. « Le droit de décision d'une autorité est subordonné par la loi à certaines formalités sans lesquelles la décision n'est pas présumée bien rendue, l'autorité qui statue sans en tenir compte exerce en réalité un pouvoir qui ne lui appartient pas », écrivait Édouard LAFERRIÈRE¹⁶¹¹. Henry BERTHÉLEMY était encore plus catégorique puisqu'il affirmait

contreseing serait une « simple formalité » (C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, op. cit., p. 53). Elle cite notamment les conclusions de M. VIRALLY sous l'arrêt *FCPE* du 10 juillet 1954.

¹⁶⁰⁷ H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 52. Dans le même sens, voir C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, op. cit., p. 53 et p. 55-59.

¹⁶⁰⁸ R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, op. cit., p. 549.

¹⁶⁰⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 214. Voir les jurisprudences citées par l'auteur p. 215.

¹⁶¹⁰ Voir les critiques que Céline WIENER avance contre ces thèses in *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, op. cit., p. 53-59.

¹⁶¹¹ É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault et

que « le vice de forme équivaut à l'incompétence¹⁶¹² ». De telles analyses ont trouvé un certain écho dans la jurisprudence du Conseil d'État et, en particulier, dans l'arrêt *Danthony*. La haute Assemblée y énonce l'existence d'un principe général du droit en vertu duquel : « si les actes administratifs doivent être pris selon les *formes* et conformément aux *procédures* prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la *compétence* de l'auteur de l'acte¹⁶¹³ ». Le vice de procédure ou de forme n'est pas sans lien avec la compétence.

« Derrière le contreseing, aspect formel de l'*instrumentum*, se dissimule une compétence pour prendre la responsabilité de préparer, édicter et appliquer le *negotium*¹⁶¹⁴. » André CALOGEROPOULOS a démontré dans sa thèse que « les vices qui atteignent [*la signature et la contresignature*], tout en constituant inévitablement des vices de forme, constituent implicitement mais nécessairement un vice d'incompétence¹⁶¹⁵ ». L'auteur souligne que l'assimilation du défaut de contreseing à l'incompétence est tantôt explicite dans la jurisprudence du Conseil d'État, tantôt implicite¹⁶¹⁶. Au titre de l'assimilation explicite, l'auteur vise notamment¹⁶¹⁷ les arrêts *Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce de la Sidérurgie de l'Est*¹⁶¹⁸, *Conseil des parents d'élèves des écoles publiques de*

Cie, 2^e éd., 1896, p. 521, cité par A. CALOGEROPOULOS, *Le Contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, op. cit., p. 13.

¹⁶¹² H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau et Cie éditeurs, 13^e éd., 1933, p. 1136, cité par A. CALOGEROPOULOS, *idem*.

¹⁶¹³ CE Ass., 23 décembre 2011, *Rec.* p. 649 et CE Sect., 23 décembre 2011, *Danthony*, *Rec.* p. 653.

¹⁶¹⁴ C. DEBOUY, *Les Moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p. 82, cité par H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 104.

¹⁶¹⁵ A. CALOGEROPOULOS, *Le Contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, op. cit., p. 76.

¹⁶¹⁶ Pour une analyse proche, voir aussi R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 301 et s.

¹⁶¹⁷ A. CALOGEROPOULOS cite également en ce sens CE Sect., 2 juillet 1965, *Syndicat national des parcs automobiles*, *Rec.* p. 397 (l'espèce porte, notamment, sur le contreseing de l'article 22 de la Constitution) ; CE, 13 janvier 1971, *Association amicale des anciens élèves de l'institut national agronomique*, *Rec.* p. 29 ; CE, 21 avril 1971, *Société Entreprise Galais-Réné et Cie*, *Rec.* p. 283. Mais, comme il le signale, ces arrêts portent en réalité sur des actes ministériels qui auraient dû être signés par plusieurs ministres et auxquels faisait défaut au moins une signature et non une contresignature (A. CALOGEROPOULOS, *Le Contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, op. cit., p. 83-84).

¹⁶¹⁸ CE, 2 novembre 1962, *Rec.* p. 589.

la mission universelle et culturelle française au Maroc et autres¹⁶¹⁹ et Nicoud¹⁶²⁰. Dans ces trois décisions, le Conseil d'État juge que lorsqu'un acte administratif doit prendre la forme d'un arrêté ministériel ou interministériel, le décret du Premier ministre qui comporte le *contreseing* des ministres qui auraient dû apposer leur *seing* pour adopter l'arrêté n'est pas entaché d'incompétence¹⁶²¹. Ceci revient à admettre que, par leur contresignature respective, les ministres exercent effectivement leur compétence. En ces espèces, ce raisonnement est conduit par le juge administratif s'agissant des contreseings ministériels apposés en vertu de l'article 22 de la Constitution. Il est sensiblement identique à celui qu'il a mené s'agissant de la contresignature des actes du président de la République par le Premier ministre et les ministres responsables en vertu de l'article 19 de la Constitution. En matière réglementaire, le Conseil d'État juge effectivement, dans son arrêt *Sicard*, que le décret du président de la République édicté à la place d'un décret du Premier ministre n'est pas entaché d'incompétence dès lors que le Premier ministre, qui était compétent pour le signer, l'a contresigné¹⁶²². La même solution a pu opérer s'agissant de certains décrets de nomination comme en témoigne la jurisprudence *Pontillon*¹⁶²³. Le juge administratif exige en cette affaire qu'« un décret signé [...] à la fois par le président de la République et par le Premier ministre [soit] soumis aux mêmes contreseings qu'un décret pris sous la seule signature du Premier ministre¹⁶²⁴ ». Il s'agit donc formellement d'un décret du président de la République ; matériellement, tout se passe comme s'il s'agissait d'un décret primo-ministériel puisque doivent être appliquées les règles relatives aux décrets du Premier ministre. Les professeurs AUBY et DRAGO voient bien dans ce mouvement jurisprudentiel l'expression du contreseing comme règle de compétence¹⁶²⁵.

¹⁶¹⁹ CE Sect., 9 avril 1976, *Rec.* p. 192.

¹⁶²⁰ CE Sect., 17 février 1978, *Rec.* p. 83.

¹⁶²¹ Il semble que la première décision en ce sens date de 1914 : CE, 8 mai 1914, *Syndicat des employés civils de l'artillerie et du génie du 14^e corps d'armée*, *Rec.* p. 542. En ce sens, B. GENEVOIS, « Un faux ami : le principe du parallélisme des compétences », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2007, p. 408.

¹⁶²² CE Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, *Rec.* p. 279 et CE, même date, *Syndicat national des élèves-conseillers et conseillers au travail et à la législation social et autres*, *Rec.* p. 276. Dans ces deux arrêts, la signature du président de la République est considérée comme surabondante : « la circonstance que [les actes attaqués] aient été signés par le chef de l'État n'est pas de nature à les entacher d'illégalité dès lors que le Premier ministre, investi du pouvoir réglementaire par l'article 20 de la Constitution, y a lui-même apposé sa signature ».

¹⁶²³ CE, 10 février 1965, *Pontillon*, *Rec.* p. 92.

¹⁶²⁴ CE Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, *Rec.* p. 280. Confirmé notam. in CE, 11 mai 1990, *Fédération générale des fonctionnaires FO*, *Rec.* p. 121.

¹⁶²⁵ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 1990, cité par R. PIASTRA, *Du contreseing sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 547.

285. Une telle démarche jurisprudentielle n'est néanmoins pas exempte de critiques. Même si dans sa jurisprudence *Sicard*, le Conseil d'État semble considérer la signature présidentielle comme surabondante, il n'en demeure pas moins qu'il ne censure pas l'acte comportant cette signature non requise. Certes, ce faisant, le juge disqualifie à ce point la signature présidentielle que tout doit se passer comme si elle était absente : une décision contraire pourra être adoptée par décret primo-ministériel. Mais bien que la haute Assemblée confirmât la compétence du Premier ministre, elle n'interdit pas au chef de l'État de s'associer indûment à certains actes. Cette solution est d'ailleurs généralement accueillie comme l'expression de l'accord du président de la République à l'acte gouvernemental et autorise certains auteurs à y voir la justification d'un pouvoir d'évocation du président de la République¹⁶²⁶. Jean MASSOT présente cette jurisprudence comme la « bénédiction un peu dédaigneuse¹⁶²⁷ » de la « doctrine TRICOT¹⁶²⁸ ».

Quelles que soient les interprétations doctrinales de telles solutions jurisprudentielles, il n'en demeure pas moins que plusieurs indices permettent de conclure que le Conseil d'État a parfois admis le contreseing au rang des « participations à la compétence¹⁶²⁹ » érigeant le Premier ministre et les ministres en coauteurs de l'acte sans expressément utiliser l'expression. Au surplus, comme le relève Céline WIENER, la haute Assemblée n'hésite pas, en ces occurrences, à viser « les auteurs » du décret soumis à son jugement¹⁶³⁰.

286. Penser le contreseing comme règle de compétence paraît la seule façon de lui conférer l'insigne valeur qui est la sienne du point de vue du droit constitutionnel. Au lieu d'une rupture entre position constitutionnaliste et administrativiste, l'unité est recouvrée. Président de la République, Premier ministre et, le cas échéant, ministre(s) contresignataire(s) forment un organe complexe de nomination. Ainsi Marcel WALINE était-il fondé à écrire dans sa note sous l'arrêt *Fourré-Cormeray*¹⁶³¹ qu'« un décret étant par définition assujéti à la

¹⁶²⁶ En ce sens, notamment, A. CLAISSE, *Le Premier ministre de la V^e République*, op. cit., p. 206 ; C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 187.

¹⁶²⁷ J. MASSOT, « Les catégories de décrets réglementaires : critères matériels et critères formels », art. cité, p. 363.

¹⁶²⁸ Pour la présentation de cette doctrine et des références à ce sujet, voir *supra* p. 288 et s.

¹⁶²⁹ G. ISAAC, *La Procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1968, p. 163.

¹⁶³⁰ Voir les exemples cités par l'auteur in C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1970, p. 64, note 183.

¹⁶³¹ CE, 10 avril 1959, *Fourré-Cormeray*, Rec. p. 233. Cet arrêt, né d'un litige qui s'est formé sous la Quatrième République, porte sur la révocation du directeur général du Centre national de la cinématographie. La décision devait être adoptée par le « Gouvernement statuant par décret au Conseil des ministres ».

formalité du contreseing, l'autorité compétente pour prendre un décret est en réalité l'organe complexe formé par le président de la République le cas échéant, le Premier ministre, et le ou les ministres dont le contreseing est exigé¹⁶³² ». Quoique l'auteur évoque la « formalité du contreseing », il admet qu'elle touche à la compétence et non à la simple forme de l'acte ou à la simple procédure d'édiction. De ce point de vue, le président de la République est coauteur des actes de nomination. Auteur d'abord, au sens où, au moins, les actes qu'il signe lui sont imputés, sans que cela ne disqualifie l'idée qu'il s'agisse d'une compétence d'exercice obligatoire ; coauteur surtout, car il n'est que l'organe partiel habilité à nommer : à ses côtés interviennent les contresignataires dont la volonté de produire l'acte est nécessaire et constitue une règle de compétence. Ces contresignataires disposent du pouvoir de désignation et d'une part de la compétence de nomination – qui est une compétence essentiellement fragmentée. Ils sont organes partiels de nomination.

Bien entendu, il est toujours possible d'opposer à une telle conclusion sa faible portée pratique. En période de concordance de majorité au moins, nul Premier ministre, nul ministre, n'oserait défier le président de la République en refusant d'apposer le contreseing. « L'allégeance normale [*sic*] des ministres, et du premier d'entre eux, au chef de l'État ôte toute signification, autre que formelle, à la règle du contreseing qui est un dû¹⁶³³. » À supposer que ceci soit absolument irréversible, ce fait illustre bien que la potentialité d'une mitigation du pouvoir de nomination par la contresignature s'évanouit à raison d'une allégeance qui serait due. Il confirme en même temps, la thèse selon laquelle le pouvoir de nomination contribue à l'institutionnalisation de rôles au point de permettre au président de la République de capter non seulement les compétences mais encore leur exercice.

Les participations au *negotium* produisent des effets analogues et rencontrent de semblables limites.

¹⁶³² M. WALINE, note sous l'arrêt précité, *RD*, 1959, p. 1223.

¹⁶³³ E. LANGAVANT, « Le contreseing des actes du Président de la République », art. cité., p. 50. Sur l'idée du contreseing « dû », les analyses de la doctrine italienne peuvent constituer un enseignement intéressant pour la doctrine française. Voir, en particulier, les articles et ouvrages cités *supra* note p. 215.

§2. La pluralité des participants au *negotium*

287. L'étude des normes habilitant le président de la République à nommer fait apparaître l'existence d'une pluralité d'acteurs qui, intervenant dans la détermination du fond de l'acte – le *negotium* –, disposent du pouvoir de désignation. Parmi ces intervenants, certains disposent juridiquement d'une faculté de consentement ou d'opposition et sont, à ce titre, (co)auteurs des actes de nomination : ils disposent, eux aussi, de la compétence de nomination. « Du point de vue strictement juridique, le [président de la République] n'exerce jamais son pouvoir de nomination des hauts fonctionnaires de manière solitaire¹⁶³⁴. » Effectivement, certains décrets de nomination doivent être « pris sur proposition¹⁶³⁵ » ou « sur le rapport d'un ministre¹⁶³⁶ ». D'autres n'interviennent qu'« après consultation » ou « après désignation »¹⁶³⁷. Parfois, le décret présidentiel de nomination est tenu de suivre le classement établi par un jury de concours¹⁶³⁸. Enfin, souvent, les nominations doivent être précédées d'un avis¹⁶³⁹. Ces diverses exigences peuvent d'ailleurs se conjuguer puisqu'il n'est pas rare qu'une nomination ne puisse être prononcée que sur proposition ou sur rapport (d'un ministre) et après avis (d'un conseil d'administration par exemple)¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁴ J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité., p. 660.

¹⁶³⁵ Par exemple, l'article R. 1142-42 du Code de la santé publique dispose que : « Le président du conseil d'administration de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales est nommé pour une durée de trois ans, renouvelable une fois, *par décret pris sur proposition du ministre chargé de la santé* » (nous soulignons).

¹⁶³⁶ Par exemple, voir art. R. 1132-24 du Code de la défense : « Le directeur de l'[Institut des hautes études de la défense nationale] est nommé par décret sur le *rapport du ministre* de la Défense. Il est choisi parmi les officiers généraux ou les hauts fonctionnaires de rang équivalent » (nous soulignons).

¹⁶³⁷ De notre point de vue, la « désignation » explicitement visée comme telle par le droit positif est une forme de désignation parmi d'autres ; c'est-à-dire un mode de participation au choix des nominataires. La loi n°80-3 du 4 janvier 1980 *relative à la Compagnie nationale du Rhône* (abrogée par loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001) fournissait une illustration de nominations adoptées après consultation et après désignation. L'article 6 de cette loi prévoyait que le conseil d'administration de la Compagnie nationale du Rhône comprenait, notamment, « des représentants des établissements publics régionaux intéressés, *nommés par décret sur désignation* des conseils régionaux de chacun de ces établissements » ainsi que « des représentants des intérêts généraux concernés par l'aménagement du Rhône et la liaison Rhin-Rhône *nommés par décret après consultation* des organismes ou assemblées habilités à représenter lesdits intérêts » (nous soulignons).

¹⁶³⁸ Tel est par exemple le cas des professeurs de l'enseignement supérieur, nommés par décret sur la liste établie par le jury dûment habilité. Voir art. 20 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*.

¹⁶³⁹ Citons par exemple l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. La procédure est étudiée dans le dernier titre de la thèse.

¹⁶⁴⁰ Par exemple, art. R. 123-14 du Code de la sécurité sociale : « Le directeur de l'école [nationale supérieure de sécurité sociale] est nommé par décret sur le *rapport* du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé de l'agriculture, *après avis* du conseil d'administration » (nous soulignons).

Les participations aux nominations peuvent être distinguées d'un point de vue temporel et donc quant à leur substance. Certaines contributions constituent une initiative et ont alors pour objet d'établir le contenu même de l'acte (A) ; d'autres interventions sont secondes et consistent à se prononcer sur un « contenu déjà envisagé¹⁶⁴¹ » (B).

A. Initier l'acte : un choix sur les noms

288. Au titre des participations initiales aux actes de nomination imputés au président de la République se distinguent l'élection préalable¹⁶⁴², la proposition, le rapport, la présentation ou encore la désignation. Parmi ces modes de participation, il semble que le rapport (1), la proposition (2) et le choix établi par les jurys de concours (3) soient à la fois les plus courants et ceux qui constituent de bons exemples de participation initiale emportant des conséquences certaines quoique variées sur le processus de nomination. Certains participants ont un pouvoir de désignation sans compétence de nomination ; d'autres disposent à la fois du pouvoir de désignation et d'une part de la compétence de nomination. Les seconds seuls peuvent être considérés comme coauteurs des actes de nomination.

1. Les rapporteurs contribuant à la désignation

289. De nombreuses nominations soumises à la signature présidentielle exigent le rapport préalable du Premier ministre et/ou des ministres. Il s'agit d'« associer [le rapporteur] à l'élaboration¹⁶⁴³ » du décret de nomination. Il en va ainsi des membres de certaines autorités

¹⁶⁴¹ H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 37. Victor CRABBE établit pour sa part une typologie des consultations qui, libres ou obligatoires, sont soit « données », soit « sollicitées ». « Ce qui distingue la consultation sollicitée de la consultation donnée, c'est évidemment le pôle à partir duquel la consultation se développe, c'est-à-dire : l'origine de la démarche, le conseiller, d'une part, en ce qui concerne la consultation donnée ; la personne ou le groupe social en quête d'informations ou de renseignements, d'autre part, pour ce qui a trait à la consultation sollicitée » (V. CRABBE, « Critères de la consultation », in G. LANGROD (dir.), *La Consultation dans l'administration contemporaine*, Cujas, 1972, p. 242-243).

¹⁶⁴² Certaines nominations présidentielles consistent simplement à nommer par décret une personne qui a été désignée par voie d'élection. Tel est le processus de nomination des professeurs titulaires d'une chaire au Collège de France en vertu de l'article 17 du décret n°2014-838 du 24 juillet 2014 *relatif au Collège de France*. C'est aussi le cas des membres de l'Institut de France et des Académies (voir les informations fournies *supra* p. 184 et s.).

¹⁶⁴³ CE Ass., 14 avril 1995, *Caisse autonome de retraite des médecins français*, Rec. p. 181. Comme l'indique le professeur PETIT, citant également cette jurisprudence, cet arrêt porte sur un décret réglementaire « mais

administratives indépendantes – comme le président et les membres du collège de l’Autorité de la concurrence¹⁶⁴⁴ –, des membres de certains établissements publics nationaux – « le directeur général de l’Institut national de la consommation est nommé par décret pris sur le rapport du Premier ministre et du ministre chargé de la consommation¹⁶⁴⁵ » –, ou des dirigeants de certaines entreprises publiques (prenant souvent la forme de sociétés anonymes) – comme le président du conseil d’administration d’EDF¹⁶⁴⁶. Pour certains emplois, quoiqu’aucune norme ne prescrive un tel rapport, les décrets de nomination en font pourtant mention. Par exemple, rien n’impose que les directeurs des administrations centrales soient nommés « sur rapport ». Toutefois, bien souvent, la mention d’un rapport primo-ministériel ou ministériel figure au *Journal officiel*. Ainsi, les dix-huit directeurs d’administration centrale, nommés en 2014 l’ont tous été sur rapport du Premier ministre et du ministre intéressé¹⁶⁴⁷. Dans ce cas, la mention publique de cette procédure de consultation facultative et non contraignante n’est pas dépourvue de signification. Cela révèle en particulier, si ce n’est le caractère effectivement concerté de l’acte, au moins la volonté politique d’afficher l’existence d’une telle concertation et, avec elle, la fragmentation du pouvoir de désignation.

290. Cependant, requis ou non, le rapport ne lie pas l’autorité de nomination. « Il a pour finalité, entre autres, de certifier les compétences de la personne pressentie pour occuper l’emploi¹⁶⁴⁸. » Le rapporteur dispose d’un pouvoir de désignation qui ne s’accompagne pas de la compétence de nomination. Il participe à la prise de décision sans être considéré comme coauteur, puisque juridiquement il ne dispose pas d’une faculté de consentement ou d’opposition à l’entrée en vigueur de l’acte. Mais, puisque le ministre rapporteur est compétent pour contresigner l’acte de nomination¹⁶⁴⁹, il en résulte qu’il est bien coauteur en

l’interprétation qu’il donne paraît valoir pour les décrets individuels » (J. PETIT, « La nomination des grands commis de l’État », art. cité, p. 661).

¹⁶⁴⁴ Art. L. 146-1 du Code de commerce. Les dix-sept membres sont « nommés pour une durée de cinq ans par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l’économie ».

¹⁶⁴⁵ Art. R. 531-10 du Code de la consommation. C’est le cas également, par exemple, de la plupart des membres du conseil d’administration de l’Agence française de développement (art. R. 513-34 du Code monétaire et financier).

¹⁶⁴⁶ Même après la privatisation d’EDF, en 2004, la nomination du président du conseil d’administration par décret a perduré, conformément aux prescriptions du décret n°59-587 du 29 avril 1959 *relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales* dans sa version modifiée.

¹⁶⁴⁷ Ce constat fut établi à partir d’un recensement via le site Légifrance.

¹⁶⁴⁸ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l’exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 22 (du PDF disponible en ligne).

¹⁶⁴⁹ Voir notam. CE, 10 février 1965, *Pontillon*, Rec. p. 92.

tant qu'il prend nécessairement part à l'*instrumentum*. Il en va autrement en matière de proposition.

2. Les autorités proposant ou présentant un candidat à une nomination

291. Benoît MONTAY relève que, « s'il existe une différence de régime juridique entre le rapport et la proposition, les deux termes sont bien souvent pris pour des synonymes par le pouvoir de nomination¹⁶⁵⁰ », comme l'attestent les termes d'un certain nombre de décrets de nomination. Pourtant, rapport et proposition emportent, d'après la jurisprudence du juge administratif, des conséquences très différentes sur le pouvoir de désignation de l'autorité de nomination. La proposition, qui est « l'acte par lequel un organe suggère, prépare ou oriente une décision qui doit normalement être prise par un autre organe¹⁶⁵¹ », affecte le pouvoir de désignation, fût-il capté par le président de la République. En effet, « le pouvoir de proposition apparaît comme un droit d'initiative qui conditionne légalement l'exercice du pouvoir de nommer¹⁶⁵² ».

292. Les textes exigeant l'émission d'une proposition préalable à une nomination sont, eux aussi, nombreux. La Constitution de la Cinquième République prévoit, en son article 8 alinéa 2, que « sur la proposition du Premier ministre, [le président de la République] nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions ». De même, en vertu de l'article 65 alinéa 4, « la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de Premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance »¹⁶⁵³. Par ailleurs, comme pour les nominations sur rapport, peuvent être concernés les membres d'autorités administratives indépendantes – par exemple, les élus locaux siégeant à la Commission nationale du débat public sont « nommés par décret sur proposition des associations représentatives des élus concernés¹⁶⁵⁴ » –, les membres de certaines juridictions – « les conseillers d'État en service ordinaire sont nommés

¹⁶⁵⁰ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, *op. cit.*, p. 22 (du PDF disponible en ligne). Le « pouvoir de nomination » désigne ici vraisemblablement l' « autorité de nomination ».

¹⁶⁵¹ F. MODERNE, « Proposition et décision (...) », art. cité, p. 597.

¹⁶⁵² J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 660.

¹⁶⁵³ Voir aussi art. 28 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

¹⁶⁵⁴ Art. L. 121-3 du Code de l'environnement.

par décret pris en Conseil des ministres, sur la proposition du garde des Sceaux, ministre de la justice¹⁶⁵⁵ » –, certains membres d'établissements publics nationaux – « le président du conseil d'administration de [l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides] est nommé parmi ses membres par décret sur proposition du ministre chargé de l'asile¹⁶⁵⁶ » – ou encore les dirigeants de certaines entreprises publiques. L'ordonnance du 20 août 2014 *relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique*¹⁶⁵⁷ prévoit que, dans la plupart des « sociétés dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'État, les dirigeants mandataires sociaux sont nommés » par décret sur proposition du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. La loi du 26 juillet 1983 *relative à la démocratisation du secteur public* prévoyait, quant à elle, que le président du conseil d'administration de certains établissements publics industriels et commerciaux de l'État, des « entreprises nationales, sociétés nationales, sociétés d'économie mixte ou sociétés anonymes dans lesquelles l'État détient directement plus de la moitié du capital social ainsi que [des] sociétés à forme mutuelle nationalisées¹⁶⁵⁸ » devait être « nommé, parmi les membres du conseil et sur proposition de celui-ci, par décret¹⁶⁵⁹ ». Ainsi le décret en date du 24 juillet 2014 nommant Augustin DE ROMANET DE BEAUNE, président-directeur général d'Aéroport de Paris (ADP), fut-il adopté non seulement sur le rapport – facultatif en l'espèce – du Premier ministre et de la ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, mais encore sur la proposition du conseil d'administration de la société ADP, puis sur avis des commissions permanentes compétentes de chaque assemblée¹⁶⁶⁰. Si le rapport, facultatif en l'occurrence, remis par le Premier ministre et la ministre de l'environnement ne liait pas le président de la République, il n'en va pas de même de la proposition émise par le conseil d'administration de la société.

293. Souvent, la doctrine distingue les propositions impératives des propositions consultatives¹⁶⁶¹. Seules les secondes laisseraient pleinement libre l'autorité de nomination.

¹⁶⁵⁵ Art. L. 133-3 du CJA.

¹⁶⁵⁶ Art. L. 722-1 du CESEDA.

¹⁶⁵⁷ Art. 19 de l'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 *relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique*.

¹⁶⁵⁸ Art. 1^{er} de la loi n°83-675 du 26 juillet 1983 *relative à la démocratisation du secteur public* dans sa version précédant l'ordonnance précitée.

¹⁶⁵⁹ Art. 10 de la loi précitée.

¹⁶⁶⁰ Voir le décret du 24 juillet 2014 *portant nomination du président-directeur général de la société Aéroports de Paris*, *JORF* n°0170 du 25 juillet 2014, p. 12300.

¹⁶⁶¹ Voir en ce sens H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, *op. cit.*, p. 97 notam. Voir aussi R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, *op. cit.*, p. 33 et s. Dans l'étude qu'il consacra aux rapports entre proposition et décision, le professeur MODERNE identifia, à partir de

Tel était le sens de certaines décisions du Conseil d'État dès lors que l'organe chargé de formuler une proposition était hiérarchiquement subordonné à l'autorité de nomination¹⁶⁶². Il semble désormais que dans la majeure partie des cas, le Conseil d'État considère que, même bénéficiant à une autorité subordonnée, la compétence de proposition s'analyse comme une véritable pré-décision¹⁶⁶³. Cela emporte plusieurs conséquences. D'abord, l'autorité de proposition peut refuser de proposer un candidat¹⁶⁶⁴. Ensuite, l'autorité de nomination est liée par la proposition : si elle procède à la nomination, elle ne peut nommer qu'une personne présentée¹⁶⁶⁵. En revanche, l'autorité de nomination peut refuser de nommer les personnes présentées et demander, dans ce cas, de nouvelles propositions¹⁶⁶⁶.

À partir de la définition du coauteur qui inclut tout organe disposant d'un pouvoir de consentement ou d'opposition à l'entrée en vigueur d'un acte avec un contenu déterminé, il est possible d'affirmer que l'organe qui formule une proposition impérative est coauteur de l'acte finalement édicté¹⁶⁶⁷.

294. La formulation même de certaines dispositions normatives confirme ce point de vue selon lequel l'organe proposant est coauteur de l'acte et en établit la substance¹⁶⁶⁸. Ainsi, l'article 4 du décret n°85-497 du 10 mai 1985 *relatif à l'institut d'études politiques de Paris* dispose que « le directeur, chef de l'établissement, est nommé par décret, pour une période de

l'étude de la jurisprudence du Conseil d'État, trois principales catégories de propositions : « proposition-informations », « proposition-recommandations » et « proposition-orientations » (F. MODERNE, « Proposition et décision (...) », art. cité, p. 599. Telle est la graphie retenue par le professeur).

¹⁶⁶² L'auteur cite en ce sens CE, 21 novembre 1923, *Gallon, Rec.* p. 744. Dans cette affaire, le juge administratif considère que la disposition « d'après laquelle toutes les nominations ou promotions sont faites sur la proposition de l'agent-voyer en chef, n'a ni pour but ni pour effet d'obliger le préfet, qui tient de [la loi] le droit de nommer les agents-voyers, à porter son choix sur le candidat qui lui est désigné par le chef du service, mais se borne à prescrire que ce dernier sera obligatoirement mis à même de donner son avis toutes les fois qu'il y aura lieu de procéder à un avancement ou de pourvoir à une vacance ». Cf. CE Sect., 10 mars 1950, *Dauvillier, Rec.* p. 130.

¹⁶⁶³ Voir H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif, op. cit.*, p. 34-44 ; R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français, op. cit.*, p. 33 et s. ; Y. WEBER, *L'Administration consultative, op. cit.*, p. 242 et s. (L'auteur montre les affinités entre le régime de la proposition et celui de l'avis conforme).

¹⁶⁶⁴ CE, 31 octobre 1962, *Gravas, Rec.* p. 581 solution confirmée in CE, 26 novembre 1993, *Bidalou*, (inédit), req. n°102763. Voir aussi CE, 7 juin 1995, *Delaunay (Rec. T. p. 626)* quant au refus du ministre de la recherche de proposer le requérant au président de la République pour une nomination en tant que professeur des universités.

¹⁶⁶⁵ En ce sens, CE, 26 avril 1978, *Minjoz, Rec.* p. 186.

¹⁶⁶⁶ Par exemple, CE, 18 juin 1971, *Garde des Sceaux c./ Vannièrre, Rec.* p. 449. Voir les autres exemples nombreux de jurisprudence en ce sens, cités par F. MODERNE, « Proposition et décision (...) », art. cité, p. 613, note 89.

¹⁶⁶⁷ H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif, op. cit.*, p. 99. L'auteur étudie la proposition impérative comme un mode de participation érigeant l'organe de proposition en « coauteur du *negotium* » (p. 96 et s.).

¹⁶⁶⁸ Dans le même sens, voir notam. G. TUSSEAU, *Les Normes d'habilitation, op. cit.*, p. 324-325. Dans le même sens, R. HOSTIOU écrit que « la proposition lie, en effet, le coauteur dont le choix est limité » (R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français, op. cit.*, p. 39).

cinq ans renouvelable, sur proposition du conseil de direction. Il ne peut être mis fin à ses fonctions que sur proposition ou après avis conforme du conseil de direction ». Dans cette hypothèse, la proposition du conseil d'administration doit bien être analysée comme une véritable décision puisque celui-là même qui propose peut requérir la révocation de la personne qu'il avait proposée¹⁶⁶⁹. Pour autant, il n'est pas rare que les textes prévoient une nomination sur proposition mais en dispensent la révocation. Il en va ainsi, par exemple, des dirigeants d'entreprise publique. Il s'agit d'une dérogation au parallélisme des compétences¹⁶⁷⁰. Globalement cependant, il apparaît que la proposition n'est pas qu'une règle de procédure dans l'opération complexe de nomination ; une autorité qui modifierait les termes d'une proposition ou passerait outre entacherait d'incompétence sa décision¹⁶⁷¹. Autrement dit, l'organe chargé de formuler une proposition sur une nomination doit être considéré comme coauteur de l'acte de nomination. Ceci explique que, parfois, la proposition elle-même¹⁶⁷² ou le refus de proposition¹⁶⁷³ puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

295. Certes, comme pour la contresignature, il est possible d'objecter que « l'exigence d'une proposition n'est guère significative lorsque cette dernière émane d'une personne ou d'un organisme dépourvu d'une certaine marge d'indépendance¹⁶⁷⁴ » par rapport à l'autorité de nomination. Dans la mesure où le président de la République a capté le pouvoir de désignation, il est possible de considérer que son influence – née des nominations mêmes – sape l'autorité d'une proposition ou d'une présentation. Là encore, il convient de distinguer le fait du droit, d'une part, et la contingence de la nécessité, d'autre part. Qu'il existe bien des

¹⁶⁶⁹ Voir aussi l'article 9 du décret n°2012-225 du 16 février 2012 *relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État* qui prévoit que « les membres nommés sur proposition d'une organisation syndicale cessent de faire partie du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État si cette organisation en fait la demande au ministre en charge de la fonction publique ». Dans ce cas, le décret établit la compétence du ministre de la fonction publique pour procéder à ces nominations. Dans le même sens, F. MODERNE, « Proposition et décision (...) », art. cité, p. 613, où l'auteur vise le décret du 14 janvier 1959 auquel s'est substitué le décret susmentionné.

¹⁶⁷⁰ Sur le parallélisme des formes et procédures et/ou des compétences, voir *infra* p. 400 et s.

¹⁶⁷¹ CE, 30 juillet 1997, *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée*, *Rec.* p. 304.

¹⁶⁷² Le maire peut ainsi former un recours contre la proposition d'un conseil de discipline qui lie son propre pouvoir de sanction : CE, 23 avril 1969, *Prat et ville de Toulouse*, *Rec.* p. 219. Le candidat à un emploi de professeur peut quant à lui former un recours contre la décision par laquelle le conseil d'administration propose un autre candidat à cet emploi : CE, 23 mars 1994, *Feyel*, *Rec.* p. 150.

¹⁶⁷³ Dans l'affaire *Gravas* préc., le Conseil d'État juge recevable la requête dirigée contre le refus de proposition du garde des Sceaux. Elle est, cependant, jugée mal fondée.

¹⁶⁷⁴ Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 756.

exemples de propositions formelles sans véritable décision de l'organe proposant¹⁶⁷⁵ ne doit pas faire accroire que cette pratique soit irréversible : certains organes de proposition se font « jaloux de leur prérogative¹⁶⁷⁶ ». Et qu'il s'agisse de pseudo-propositions en fait ne doit pas faire oublier l'insigne portée juridique de ces participations. Les autorités proposant ou présentant un candidat ont, en droit, un pouvoir de désignation et exercent une part de la compétence de nomination formellement confiée au président de la République.

S'il a été montré que le président de la République n'est qu'un organe partiel de nomination, compte tenu de l'exigence de contreseing pesant sur les actes qu'il signe, sa participation à l'acte doit être également comprise comme une compétence partielle lorsqu'il nomme sur proposition ou sur présentation. Les autorités de proposition et de présentation sont organes partiels de nomination. Une telle participation confirme que le président de la République n'est que coauteur de l'acte finalement adopté et qu'il est en situation de « compétence liée au premier degré¹⁶⁷⁷ ». La même analyse peut être conduite s'agissant des nominations prononcées par décret présidentiel à la suite d'opérations de concours¹⁶⁷⁸.

3. Les jurys de concours sélectionnant les nominataires potentiels

296. Égalité et mérite¹⁶⁷⁹ constituent le cœur de l'article 6 de la DDHC aux termes duquel « tous les citoyens étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents »¹⁶⁸⁰. Quelle que soit l'autorité de nomination, le principe de

¹⁶⁷⁵ La nomination des ministres en constitue sûrement l'exemple le plus patent.

¹⁶⁷⁶ Telle est l'expression employée par Renaud DENOIX de SAINT MARC lors de l'entretien qu'il nous a accordé. Le conseiller cite, par exemple, l'intransigeance de Philippe SÉGUIN sur certaines propositions qu'il émettait (voir l'annexe 2 de la thèse p. 589).

¹⁶⁷⁷ L. DI QUAL, *La Compétence liée, op. cit.*, p. 240 et s.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 248 et s.

¹⁶⁷⁹ Voir la thèse de doctorat de Jacques ZILLER dans sa version remaniée : *Égalité et mérite : l'accès à la fonction publique dans les États de la Communauté Européenne*, Bruylant, 1988, 350 p. Voir aussi A. ZARCA, *L'Égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, en particulier p. 95 et s. et p. 223 et s.

¹⁶⁸⁰ Pour l'histoire de l'adoption de cet article, voir F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics », art. cité, et, plus succinctement, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°18, 1994, p. 244-246.

Pour des éléments de droit comparé, voir l'ouvrage de Jacques ZILLER précité et pour une étude, plus concise, voir, du même auteur, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 1993, p. 380 et s. Voir aussi « Table ronde. Les modèles étrangers et leurs évolutions », in C. FORTIER (dir.), *Le Statut général des fonctionnaires : trente ans et après ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 188-211.

Indiquons que l'article 25 (c.) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dispose que

recrutement des agents publics en France demeure celui du concours. Sans qu'il soit besoin de revenir aux origines lointaines de ce mode d'accès aux fonctions publiques – souvent situées dans le mandarinat de la Chine de la dynastie des Song¹⁶⁸¹ –, rappelons simplement qu'établi sur la doctrine révolutionnaire de l'égalité, le concours s'est développé en France d'abord pour les corps techniques¹⁶⁸² avant de se généraliser, très progressivement, à partir du XIX^e siècle. Comme le démontre Pierre ROSANVALLON, « l'œuvre de la Révolution et même celle de l'Empire restent très limitées en matière d'organisation de la fonction publique¹⁶⁸³ » et le concours n'y a guère place. Pour cause, la crainte de renouer avec une société hiérarchisée, une « société de corps¹⁶⁸⁴ », que la Révolution avait abolie explique les réticences à organiser une véritable administration généraliste recrutée par concours¹⁶⁸⁵. Le premier argument majeur tient à la volonté de ne pas « avoir des expéditionnaires inamovibles sous des ministres amovibles¹⁶⁸⁶ » ; il s'oppose à l'érection même d'une administration à compétence générale. Le second, encore avancé aujourd'hui, consiste à critiquer le principe même du concours. Il recréerait « des états sociaux et donc du mandarinat et du privilège¹⁶⁸⁷ ». Quels que puissent être les griefs qui lui sont adressés, le concours reste volontiers présenté comme le meilleur moyen d'écartier l'arbitraire et le favoritisme et, à ce titre, d'œuvrer pour l'égalité. Quoique fondé sur la doctrine révolutionnaire, ce n'est qu'à partir de 1870 et de façon désordonnée que le concours fut établi.

« Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables : [...] c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ».

¹⁶⁸¹ J.-F. BILLETER, « Contribution à une sociologie historique du mandarinat », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 15, 1977, p. 3-29.

¹⁶⁸² En 1716 fut créé le corps des ingénieurs des Ponts et Chaussées. Dès 1747, Rodolphe PERRONET, considéré comme le créateur de l'École des Ponts, y sélectionne discrétionnairement les candidats à l'entrée de l'école, pourvu qu'ils soient « nés de famille honnêtes dans la bourgeoisie ». Des procédures de concours permettent ensuite de sélectionner les meilleurs élèves pour intégrer le corps. La citation et cette histoire sommaire du concours des Ponts et Chaussées sont tirés de A. PICON, « Le corps des ponts et chaussées de la conquête de l'espace national à l'aménagement du territoire » (1994), paru sous le titre « Die Ingenieure des Corps des Ponts et Chaussées Von der Eroberung des nationalen Raumes zur Raumordnung », in A. GRELON, H. STÜCK (dir.), *Ingenieure in Frankreich, 1747-1990*, Campus, p. 77-99 (disponible en langue française en PDF : <http://www.gsd.harvard.edu/images/content/5/3/537902/fac-pub-picon-corpsdespontsetchausseese.pdf>).

¹⁶⁸³ P. ROSANVALLON, *L'État en France. De 1789 à nos jours*, op. cit., p. 63.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 70.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 70 et s.

¹⁶⁸⁶ L.-M. CORMENIN, *La Légomanie*, Pagnerre, 1844, cité par P. ROSANVALLON, *L'État en France. De 1789 à nos jours*, *ibid.*, p. 68. La légomanie désigne, pour l'auteur, la « manie de faire des lois ». Il semble qu'il s'agisse d'un hapax.

¹⁶⁸⁷ P. ROSANVALLON, *L'État en France. De 1789 à nos jours*, *ibid.*, p. 70. Voir les critiques aujourd'hui encore adressées au concours telles que les restitue de façon synthétique le professeur MELLERAY in *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 276.

297. Sous la Cinquième République, le principe demeure. Ainsi, sauf dispositions législatives contraires, la loi du 13 juillet 1983, titre premier du statut général de la fonction publique, réserve aux fonctionnaires « les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif¹⁶⁸⁸ » en précisant que « [ceux-ci] sont recrutés par concours¹⁶⁸⁹ ». Lorsque le président de la République doit nommer des fonctionnaires choisis par concours, il ne dispose là encore, que d'une « compétence liée au premier degré¹⁶⁹⁰ ». La liberté de décision revient au jury du concours, participant au *negotium* puisqu'il détermine le nom des personnes qui seront nommées. Comme pour la proposition, après la proclamation des résultats, il ne reste à l'autorité de nomination que la possibilité de nommer tout ou partie des candidats admis, et ce, suivant la liste des résultats établie par le jury¹⁶⁹¹. L'éminence de la fonction des jurys conduit cependant certains auteurs à critiquer qu'il puisse être permis à l'administration de refuser des candidats reçus. Le professeur SUDRAN, s'opposant aux « auteurs qui ont toujours reproduit l'affirmation selon laquelle l'administration pourrait se dispenser de nommer le candidat reçu », affirme pour sa part que « c'est dans le droit à la nomination qu'il faut rechercher un principe qui ne connaît d'autres exceptions que celles où un intérêt public précis peut légitimer un refus de nommer¹⁶⁹² ».

Étant donné que l'article 16 du statut général des fonctionnaires impose le concours comme mode de recrutement de droit commun des fonctionnaires et que le régime du concours relève presque exclusivement d'une compétence liée aux résultats établis par le jury, selon le principe d'égalité d'admissibilité, le deuxième alinéa de l'article 13 de la Constitution doit donc se lire comme l'attribution d'un pouvoir général d'entérinement au président de la République, à savoir un pouvoir formel de nomination¹⁶⁹³.

Disposant du pouvoir de désignation, les jurys de concours constituent aussi le dernier mais le plus important exemple d'organe susceptible d'être considéré comme coauteur des actes de nomination. Le jury peut être pensé comme un organe partiel de nomination. Certes, comme pour le contreseing et la proposition, il est possible d'objecter que, si le jury n'est pas indépendant de l'autorité de nomination, la décision du premier ne lie pas vraiment la

¹⁶⁸⁸ Art. 3 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁶⁸⁹ Art. 16 de la même loi.

¹⁶⁹⁰ L. DI QUAL, *La Compétence liée*, op. cit., p. 248 et s.

¹⁶⁹¹ CE, 29 décembre 1978, *Association générale des attachés d'administration centrale*, Rec. p. 535.

¹⁶⁹² P. SUDRAN, « Le recrutement des fonctionnaires », *Après-demain*, n°143-144, 1977, p. 14.

¹⁶⁹³ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 36 (du PDF disponible en ligne).

seconde¹⁶⁹⁴. S'agissant des jurys toutefois, plusieurs exigences visent à prévenir un tel grief : la collégialité et le secret des délibérés sont souvent présentés comme les meilleures garanties de leur indépendance¹⁶⁹⁵.

En sus de ces modes de participation consistant à déterminer le fond même des décisions de nomination, il est très courant que celles-ci ne puissent être adoptées avant qu'ait été recueillie l'opinion de certains organes.

B. Se prononcer sur un projet d'acte : une opinion sur les désignations

Le second mode de participation à l'élaboration du *negotium* consiste à se prononcer sur un projet d'acte élaboré par d'autres. Il se peut ainsi qu'une nomination ne puisse être prononcée qu'après consultation, accord ou avis. Par définition, l'accord lie l'autorité de nomination, fût-ce le président de la République. La consultation ou l'avis, en revanche, ne produisent pas toujours un tel effet. À la manière des questions soulevées par les propositions, l'émission d'un avis sur les nominations n'est pas sans poser problème compte tenu de l'influence que le président de la République s'assure par son pouvoir de nomination. Mais les solutions jurisprudentielles en la matière illustrent également le *continuum* des règles de procédure et des règles de compétence (1). La question du rôle de la délibération en Conseil des ministres de certaines nominations soulève également de nombreuses questions : la fonction de ce « conseil » sous la Cinquième République ne laisse de surprendre (2).

¹⁶⁹⁴ René CHAPUS considère les jurys de concours comme des autorités administratives indépendantes (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 389). Les membres du Conseil d'État, auteurs du rapport public annuel, leur dénie cette qualité simplement en raison de leur caractère non permanent (CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public, Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État », 2001, p. 306). Pour des développements relatifs à l'indépendance des jurys de concours, voir A. ZARCA, *L'Égalité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 206 et s.

¹⁶⁹⁵ Voir en ce sens F. CAFARELLI et P. IDOUX, « Contentieux des concours de la fonction publique », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 1138-10, 2011, mis à jour en 2014, §198. Les mêmes garanties d'indépendance ont été retenues s'agissant des concours de la fonction publique communautaire : voir par exemple l'arrêt TFP, 30 avril 2008, *Adriana Dragoman c./ Commission des Communautés européennes*, aff. F-16/07. Voir aussi M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, *op. cit.*, p. 1086.

1. Les autorités émettant un avis sur un projet de nomination

298. Trois types d'avis sont classiquement identifiés : l'avis facultatif ou simple, l'avis obligatoire et l'avis conforme¹⁶⁹⁶. Ces trois formes d'avis constituent autant de degrés de participation et se retrouvent en matière de nomination même dans l'hypothèse d'un pouvoir de désignation capté par l'Élysée.

299. D'abord, le président de la République peut librement solliciter ou accepter des avis que les textes n'obligent pas à recueillir ; il s'agit des avis simples. Dans ce cas, l'émetteur de l'avis ne peut être considéré comme coauteur de la nomination puisque sa participation n'est pas requise par la réglementation juridique, et ce même si dans quelques cas, ces avis sont publiés avec le décret de nomination. À côté de ces rares mesures de publicité, diverses sources, au premier rang desquelles figurent les archives présidentielles et les témoignages des acteurs¹⁶⁹⁷, confirment que les choix du président de la République s'appuient sur des conseils de l'ombre ; les archives révèlent que le rôle des conseillers est particulièrement important en la matière. L'entourage officiel direct du chef de l'État opère en effet comme filtre et comme force de discussion. Il agit comme filtre car, comme le font apparaître les fonds présidentiels conservés aux Archives nationales, les conseillers directs du Président opèrent une sélection parmi les interventions spontanées de « personnes physiques ou morales [pourtant] dépourvues de qualité pour agir¹⁶⁹⁸ » qui, soit présentent leur candidature, soit écrivent au soutien d'un tiers¹⁶⁹⁹. Nombreuses sont donc les « portes étroites¹⁷⁰⁰ » qui mènent au bureau présidentiel et qui se retrouvent versées aux archives sous la forme de

¹⁶⁹⁶ Cette typologie est assez classique. Voir par exemple H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 895.

¹⁶⁹⁷ Voir en ce sens, par exemple, le témoignage livré par Renaud DENOIX DE SAINT MARC : « Il n'est pas interdit au secrétaire général du Gouvernement qui connaît, *a priori*, le corps [des conseillers d'État], de faire valoir, au moins au Premier ministre, l'inopportunité ou l'opportunité de nommer tel ou tel conseiller d'État ou maître des requêtes au tour de l'extérieur ; ou le dire ou le faire dire à l'entourage proche du président de la République. » (Cette citation est extraite de l'entretien reproduit en annexe 2 de la thèse, p. 582 et s.)

¹⁶⁹⁸ Telle est partiellement la définition fournie par le professeur JAN de la « porte étroite » par laquelle « des personnes physiques ou morales dépourvues de qualité à agir adressent au juge constitutionnel saisi d'un texte des mémoires informatifs confirmant ou contestant sa constitutionnalité » (P. JAN, *La Saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1999, p. 680 [Glossaire annexé à la thèse de l'auteur]).

¹⁶⁹⁹ Par exemple, voir le fonds d'archives de Ghislain ACHARD conservé sous la cote 5AG4/GA 9, dossier 3 (communicable sur dérogation), qui est relatif aux nominations au Conseil supérieur de l'audiovisuel et dans lequel figurent un certain nombre de candidatures.

¹⁷⁰⁰ Nous tirons du vocabulaire du contentieux, cette expression fameuse du doyen VEDEL (« L'accès des citoyens au juge constitutionnel : la porte étroite », *La Vie judiciaire*, n°2344, 1991, p. 1).

correspondances ou de demandes d'interventions¹⁷⁰¹. L'entourage intervient aussi comme force de discussion car les conseillers peuvent, par leur influence sur le président de la République, disqualifier ou promouvoir un candidat. Samy COHEN écrit en ce sens, par exemple, que l'État-major particulier du chef de l'État émet son avis sur « les propositions aux nominations d'officiers supérieurs¹⁷⁰² ». Les témoignages de Michel CHARASSE et de Frédéric SALAT-BAROUX, annexés à la présente thèse, confirment également, pour ce qui est des deux mandats de François MITTERRAND¹⁷⁰³ et de Jacques CHIRAC¹⁷⁰⁴, l'importante fonction de l'entourage dans les nominations prononcées par le Président. Ces avis simples que l'autorité *peut* solliciter mais qu'elle n'est *pas tenue* de suivre¹⁷⁰⁵ ne sont pas négligeables en fait, tant en nombre que dans leurs effets. Juridiquement pourtant, les auteurs de ces avis ne sont pas coauteurs des actes adoptés.

300. Pour certaines nominations, le président de la République est juridiquement tenu de solliciter un avis sans avoir, pour autant, à le suivre¹⁷⁰⁶. L'avis est en ce cas dit « obligatoire ». Bien des dispositions prévoient l'émission de tels avis. Comme pour les nominations sur rapport ou sur proposition, sont soumises à un avis obligatoire les nominations dans certains établissements publics nationaux – « le directeur du Centre national de la chanson, des variétés et du jazz est nommé par décret pris sur proposition du ministre chargé de la culture, après avis du président du Centre national de la chanson, des variétés et du jazz, pour une durée de trois ans renouvelable¹⁷⁰⁷ » – ou dans certaines entreprises publiques – avant août 2014, le directeur général de la SNCF était nommé « par décret pris en Conseil des ministres, sur proposition du président après avis du conseil d'administration¹⁷⁰⁸ ». De même, les

¹⁷⁰¹ Voir par exemple le dossier des archives de Michèle GENDREAU-MASSALOUX : 5AG4/MGM 85, dossier 2 (communicable sur dérogation) sur les nominations dans la haute fonction publique entre janvier 1985 et janvier 1988.

¹⁷⁰² S. COHEN, *Les Conseillers du président. De Charles de Gaulle à Valéry Giscard d'Estaing*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1980, p. 27.

¹⁷⁰³ L'ensemble de l'entretien avec Michel CHARASSE confirme l'importance de l'entourage. Voir en particulier le début du témoignage qu'il nous a livré (*infra* p. 645 et s.).

¹⁷⁰⁴ Voir le témoignage fourni par Frédéric SALAT-BAROUX, particulièrement p. 594 et s. en annexe 2 de la présente thèse.

¹⁷⁰⁵ Il s'agit d'une jurisprudence constante. Voir par exemple, CE, 27 octobre 1972, *Ministre de la Santé publique et de la sécurité sociale c./ Dlle Écarlat*, *Rec.* p. 682 ; CE, 15 décembre 2000, *Fabre et Renaud*, *Rec.* p. 610.

¹⁷⁰⁶ Voir CE, 7 juin 1995, *Delaunay*, *préc.*

¹⁷⁰⁷ Art. 11 du décret n°2002-569 du 23 avril 2002 *relatif au Centre national de la chanson, des variétés et du jazz*.

¹⁷⁰⁸ Art. 11 du décret n°83-109 du 18 février 1983 *relatif aux statuts de la Société nationale des chemins de fer français*. La loi ordinaire du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire* prévoit désormais que « le président du conseil de surveillance de la SNCF est désigné parmi les représentants de l'État au conseil de surveillance. Il est choisi en fonction de ses compétences professionnelles. Il est nommé par décret, sur proposition du conseil de surveillance ». La loi organique du même jour soumet cette nomination à la procédure d'avis parlementaire

conseillers-maîtres en service extraordinaire à la Cour des comptes sont nommés « par décret pris en Conseil des ministres, après avis du Premier président de la Cour des comptes¹⁷⁰⁹ ». Au reste, pour cette juridiction comme pour le Conseil d'État notamment, le caractère discrétionnaire de recrutements par la voie du tour extérieur a pu être contenu par l'imposition de l'exigence de recueillir l'avis préalable du chef de corps¹⁷¹⁰. Ces avis, non conformes en droit, ont pu s'imposer *de facto*. Par exemple Pierre JOXE, lorsqu'il était Premier président de la Cour des comptes, parvint à empêcher la nomination au tour extérieur de Patrick STEFANINI, directeur de campagne de Jacques CHIRAC en 1995 et conseiller du Premier ministre JUPPÉ¹⁷¹¹. Ceci illustre combien une autorité de proposition ou d'avis n'est pas toujours encline à se soumettre à un rapport hiérarchique que le droit n'explique guère. Mais ceci démontre surtout combien le pouvoir de nomination capté par le président de la République n'est en l'occurrence qu'autolimité. En septembre 2011, Didier MIGAUD, devenu à son tour Premier président de la haute juridiction financière s'opposa, lui aussi, à une nomination au tour extérieur. Cécile FONTAINE, collaboratrice de Nicolas SARKOZY, fut néanmoins nommée au grade de conseiller maître¹⁷¹².

301. Un avis obligatoire est aussi requis pour les nominations des magistrats du parquet¹⁷¹³, lesquels sont nommés « par le Président de la République sur proposition du garde des Sceaux, ministre de la justice [...] après avis de la formation compétente du Conseil supérieur [de la Magistrature]¹⁷¹⁴ ». Le président de la République nomme formellement les magistrats que le garde des Sceaux choisit après avis du Conseil supérieur de la magistrature. Le ministre de la Justice, dès 1995, rompit la tradition qui semblait s'être installée de faire de ces avis obligatoires *de jure* des avis conformes *de facto*. Le Président CHIRAC, sur la proposition du ministre de la Justice de l'époque, passa effectivement outre un certain nombre d'avis

prévue à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution.

¹⁷⁰⁹ Art. L. 112-6 du CJF.

¹⁷¹⁰ Cf. art. L. 122-6 du CJF et L. 133-7 du CJA. Sur le tour extérieur, voir *infra* p. 417 et s.

¹⁷¹¹ L. MAUDUIT, « Trois nouvelles nominations au ministère de l'économie et des finances. Pierre Joxe est réservé sur l'arrivée de Patrick Stefanini à la Cour des comptes », *Le Monde*, 28 janvier 1998 et L. MAUDUIT, « La candidature controversée de Patrick Stefanini à la Cour des comptes », *Le Monde*, 10 mars 1998.

Patrick STEFANINI fut finalement nommé conseiller d'État en service ordinaire au tour extérieur le 23 juillet 1998 (*JORF* du 25 juillet 1998 p. 11409)

¹⁷¹² B. BOTELLA, « La nomination qui indigna les magistrats de la Cour des comptes », *Acteurs publics*, 19 septembre 2011. Rappelons que, de la même façon, le Président MITTERRAND nomma Paule DAYAN au Conseil d'État par la voie du tour extérieur contre l'avis négatif du Vice-président d'alors.

¹⁷¹³ Voir art. 65 de la Constitution et art. 28 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

¹⁷¹⁴ Art. 28 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

défavorables¹⁷¹⁵. Dans son avis du 19 décembre 1996, le Conseil supérieur de la magistrature releva que les conditions de nomination des membres du parquet « nourrissent, à l'intérieur même du corps de la magistrature mais aussi dans l'opinion publique, un soupçon sur l'indépendance des magistrats concernés vis-à-vis du pouvoir politique et sur leur liberté d'action¹⁷¹⁶ ». L'année suivante, à la suite du rapport TRUCHE¹⁷¹⁷, fut initiée une procédure de révision constitutionnelle qui avait notamment pour objet de contribuer à rapprocher les procédures de nomination des magistrats du siège et du parquet. L'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature aurait alors été requis même pour les magistrats du parquet. Le projet de révision fut adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées ; le congrès fut ensuite convoqué à siéger en janvier 2000 par un décret du 4 novembre 1999. Pourtant, en pleine période de cohabitation, le président de la République, « sur le rapport du Premier ministre », décida d'abroger le décret de convocation¹⁷¹⁸. De nouveau, le 14 mars 2013 fut enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale un projet de révision ayant cet objet¹⁷¹⁹. Après une lecture par chaque chambre, la délibération sur le texte est toujours suspendue à son examen par la commission des lois de l'Assemblée nationale. Dans l'attente d'une éventuelle adoption définitive et même si, depuis 2008, tous les gardes des Sceaux se sont solennellement engagés à respecter les avis défavorables que pourrait émettre le Conseil supérieur de la magistrature¹⁷²⁰, l'avis de ce Conseil sur les nominations des magistrats du parquet demeure un avis obligatoire et non conforme : son sens peut être méconnu. Néanmoins, la nomination d'un magistrat qui serait intervenue sans que le Conseil supérieur

¹⁷¹⁵ Entre le 26 juillet 1995 et le 22 mai 1997, le Président CHIRAC a nommé sept magistrats contre l'avis défavorable du Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁷¹⁶ CSM, Avis du 19 décembre 1996

(disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/115>).

¹⁷¹⁷ P. TRUCHE, *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, *op. cit.*, en particulier p. 32 et s.

¹⁷¹⁸ Décret du 19 janvier 2000 abrogeant le décret du 3 novembre 1999 *tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès*. Pour une critique de ce veto présidentiel sur les révisions constitutionnelles, voir M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 666-668. Le témoignage délivré par Olivier SCHRAMECK, alors directeur de cabinet de Lionel JOSPIN, est très instructif sur ce qui se joua à ce moment. Le Président, dit-il, face à un risque sérieux d'échec du congrès, souhaite revenir sur la convocation. Pour Élisabeth GUIGOU, qui avait porté le projet, il était évident que le Premier ministre devait refuser d'apposer son contresigne (O. SCHRAMECK, *Matignon Rive gauche*, *op. cit.*, p. 115). L'auteur développe les arguments qu'il présenta au Premier ministre et qui emportèrent la conviction de ce dernier. En particulier, il avance deux « [raisons] de droit. Il invoque le fait que l'article 89 de la Constitution n'avait jamais été interprété comme contraignant le Président à inscrire à l'ordre du jour du congrès un projet de loi constitutionnelle d'ores et déjà voté par les deux Chambres ». Il se réfère aussi au parallélisme des formes. L'argument semble discutable et remarquable. D'une part, c'est là décaler la question juridique qui se posait en vérité : le Premier ministre pouvait-il ne pas contresigner et donc s'opposer au président de la République ? Assurément, une réponse affirmative s'imposait. D'autre part, cela confirme que, même en période de cohabitation, l'institutionnalisation des rôles peut être très intériorisée.

¹⁷¹⁹ Art. 2 du projet de loi constitutionnelle *portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature*, n°815.

¹⁷²⁰ CSM, Rapport d'activité 2014, La Documentation française, p. 67 (disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/files/CSMRapport%202014webfinal.pdf>).

de la magistrature ne se fût prononcé est susceptible d'être annulée. Ainsi, la nomination-mutation de Marc ROBERT en tant qu'avocat général à la Cour de cassation a-t-elle été annulée par un arrêt du Conseil d'État en Section daté du 30 décembre 2010¹⁷²¹.

302. Enfin, pour certaines nominations, l'autorité de nomination est pleinement liée par l'avis qu'elle doit solliciter ; il s'agit alors d'un avis dit « conforme ». Par exemple, les magistrats du siège – sauf ceux de la Cour de cassation, les premiers présidents de cour d'appel et les présidents de tribunal de grande instance – sont nommés par décret après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. De même, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a institué une procédure générale d'avis conforme pour les nominations aux emplois ou fonctions pourvus par le président de la République et présentant une « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation¹⁷²² ».

Une part de la doctrine assimile avis conforme et proposition. En ce sens, pour Pierre-Laurent FRIER : « On distingue traditionnellement plusieurs catégories d'avis donnés par les organes consultatifs : les avis simples, les avis conformes, les propositions¹⁷²³ ». Si une telle assimilation n'est pas induite, elle peut susciter certaines questions. Suivant une telle approche, en effet, comment comprendre l'article 65 de la Constitution qui énonce d'une part que « la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions » pour certaines nominations et, d'autre part, « que les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme » ? L'effet de l'avis conforme et de la proposition est certes identique en ce qu'ils lient l'autorité de nomination mais ces deux modes de participation n'interviennent pas au même moment de la prise de décision. Comme l'indique Marie-Hélène BERNARD-DOUCHEZ dans sa thèse, le terme « avis conforme » est trompeur puisque « c'est en réalité l'acte pris sur consultation qui doit être conforme à l'avis¹⁷²⁴ ».

303. Certes, en ce domaine aussi il est vrai que bien des avis conformes ne revêtent pas, en pratique, la portée qui est la leur en droit. Par son pouvoir de nomination, le président de la

¹⁷²¹ CE Sect., 30 décembre 2010, *Robert*, *Rec.* p. 530.

¹⁷²² Tels sont les termes de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution française. Pour des développements à ce sujet, voir le dernier titre de la thèse.

¹⁷²³ P.-L. FRIER, « Vice de procédure », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2004, mis à jour en 2014, §26.

¹⁷²⁴ M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *Recherche sur la coopération entre personnes publiques*, thèse dact., Toulouse I, 1979, p. 162.

République peut largement influencer l'auteur d'un avis conforme. Néanmoins, en droit, comme pour la proposition – compte tenu du terme même « avis conforme » –, il résulte de la jurisprudence du Conseil d'État que cet avis érige l'organe qui l'émet en coauteur de l'acte considéré¹⁷²⁵. Dès 1955, concluant sur l'arrêt *Ged*¹⁷²⁶, le commissaire MOSSET énonçait que :

Lorsqu'un règlement soumet une décision à un avis conforme d'un organe consultatif, il ampute d'un élément essentiel le pouvoir de décision de l'autorité administrative. L'autonomie qui lui reste est seulement le pouvoir de ne prendre aucune décision ou de provoquer un nouvel avis. [...] Dans ce cas, il apparaît que, en réalité, la décision est prise conjointement par l'autorité administrative et l'organisme consultatif¹⁷²⁷.

Le Conseil d'État suivit le commissaire du Gouvernement en l'espèce. En effet, un décret de 1947 confiait compétence aux conseils départementaux pour prononcer la qualification des médecins à certaines spécialités. Or, un arrêté de 1949 subordonna la décision des conseils départementaux à un avis conforme des commissions régionales. Le Conseil d'État jugea en l'occurrence que l'arrêté de 1949 méconnaissait la compétence des conseils départementaux et qu'une décision prise suivant la procédure litigieuse était « entachée d'un vice qui affecte la compétence même de l'autorité qualifiée pour la prendre ». Le Conseil constitutionnel lui-même eut l'occasion de censurer une disposition législative instituant un avis conforme préalable à une nomination car cela « aurait [eu] pour conséquence de faire dépendre la décision de l'autorité de nomination de l'avis de cet organisme ». Il y vit explicitement une « règle de compétence »¹⁷²⁸.

¹⁷²⁵ Dans le même sens, parmi les participants à l'élaboration du *negotium*, le professeur BELRHALI remarque que « certains jouent un rôle déterminant quant au contenu de l'acte. Cette influence déterminante s'exerce par la formulation d'une proposition impérative [ou] par l'émission d'un avis conforme qui s'imposent à l'auteur nominal » (H. BELRHALI, *Les Coauteurs en droit administratif*, op. cit., p. 96). Le même rapprochement entre (certaines) propositions et avis conformes est établi par exemple in Y. WEBER, *L'Administration consultative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1968, p. 242.

¹⁷²⁶ CE, 7 janvier 1955, *Ged, Rec.* p. 11.

¹⁷²⁷ Conclusions MOSSET, *D.* 1955, p. 71.

¹⁷²⁸ Cons. const., décis. n°92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, *JORF* du 29 février 1992, p. 3122, *Rec.* p. 27, cons. 25. La loi organique entendait soumettre la nomination des magistrats du siège à la proposition du garde des Sceaux, ministre de la justice, après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Cette disposition fut jugée non conforme car l'article 65 alinéa 3 de la Constitution prévoyait à l'époque : « Le Conseil supérieur de la magistrature [...] donne son avis dans les conditions fixées par la loi organique sur les propositions du ministre de la Justice relatives aux nominations des autres magistrats du siège ». Cf. aussi, par exemple, Cons. const., décis. n°2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 35 à 38.

304. De ce que l'auteur de l'avis conforme bénéficie d'un véritable pouvoir de décision, le juge administratif tire diverses conséquences. D'abord, comme pour les propositions, si elle agit, l'autorité sollicitant l'avis doit effectivement le suivre. Elle peut seulement décider de ne pas adopter l'acte et solliciter un autre avis. Ce droit de surseoir à nommer par décret pour solliciter un nouvel avis conforme n'appartient pas, en droit, au président de la République mais bien au Premier ministre. Et même si en fait le président de la République a capté cette faculté d'empêcher, comme pour la proposition, il ne peut ni omettre de procéder à la consultation¹⁷²⁹ ni méconnaître le sens de l'avis émis¹⁷³⁰ s'il consent à agir. Ensuite, parce que l'avis conforme recèle « la veine bleue du sang noble du pouvoir¹⁷³¹ », comme pour les propositions impératives, le juge a pu admettre des recours contre l'avis conforme. Il n'y voit pas qu'une consultation préparatoire mais une véritable décision, par elle-même susceptible de faire grief. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il jugé recevable, dans un arrêt du 12 janvier 1972, un recours directement dirigé contre un avis conforme défavorable émis par le directeur général de la Caisse des dépôts et consignations car « la caisse [*des dépôts, dont l'avis conforme était requis pour l'attribution d'une allocation d'invalidité,*] est investie en cette matière d'un pouvoir de décision¹⁷³² ». Dans le même sens, plus récemment, le Conseil d'État a accueilli un recours directement dirigé contre un avis conforme négatif émis par le Conseil supérieur de la magistrature. Dans un arrêt du 29 octobre 2013, le juge considère effectivement que, compte tenu de sa portée, « l'avis non conforme du Conseil supérieur de la magistrature sur la nomination d'un magistrat du siège constitue un acte faisant grief qui peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir¹⁷³³ ». Enfin, si « l'auteur de la décision n'a pas pris ou n'a pas suivi l'avis, le vice de forme qui entache son acte participe de l'incompétence [car, dans cette hypothèse, l'auteur de la décision] a ainsi usurpé la part de pouvoir réservée à cette

¹⁷²⁹ CE, 14 novembre 1957, *Bodin*, *Rec.* p. 609. Voir aussi CE, 29 janvier 1969, *Dame veuve Chanebout*, *Rec.* p. 43 : la décision du ministre qui, contrairement aux dispositions d'un décret, intervient sans sollicitation de l'avis conforme requis « est entachée d'un vice qui affecte la compétence de l'autorité qualifiée pour la prendre ».

¹⁷³⁰ CE, 22 février 1957, *Société coopérative de reconstruction de Rouen*, *Rec.* p. 126.

¹⁷³¹ C. ROBLIN, « Les avis conformes », in G. DUPUIS (dir), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979, p. 81.

¹⁷³² CE, 12 janvier 1972, *Caisse des dépôts c./ Sieur Picot*, *Rec.* p. 33. Voir aussi CE, 5 février 1990, *Branccourt*, *Rec.* p. 844. Dans cette seconde espèce, le président du conseil général du Val-de-Marne a refusé d'allouer l'allocation sans même avoir obtenu l'avis de la Caisse des dépôts. Là encore, le juge considère que la décision attaquée souffre d'un vice tenant à l'incompétence de l'auteur de l'acte.

¹⁷³³ CE, 29 octobre 2013, *Vidon*, *Rec.* p. 259. Dix ans plus tôt, le Conseil d'État refusait encore d'accueillir un tel recours au motif que l'avis conforme était considéré par lui comme un acte non détachable du décret de nomination. Voir CE, 22 janvier 2003, *Pezzati*, *Rec.* p. 898. Cf. néanmoins CE Sect., 30 décembre 2003, *Mocko*, *Rec.* p. 535. Dans cette seconde affaire, le Conseil d'État admet le recours pour excès de pouvoir directement dirigé contre la décision de la commission d'avancement statuant en matière d'intégration directe de magistrats au second grade de la hiérarchie judiciaire.

autorité¹⁷³⁴ ». C'est pourquoi le juge décide qu'il peut soulever d'office le moyen tiré de la méconnaissance de l'avis conforme ; touchant à l'incompétence, c'est un moyen d'ordre public¹⁷³⁵.

L'avis constitue un mode majeur d'émission d'une opinion sur une nomination qui prend souvent une place importante dans les études consacrées aux consultations. Étrangement, celles-ci se consacrent beaucoup moins à la fonction du Conseil des ministres, comme lieu de délibération des nominations.

2. Le Conseil des ministres délibérant sur une nomination

305. Les normes constitutionnelles semblent exiger que les décrets de nomination signés par le président de la République soient délibérés en conseil des ministres. En pratique, il nomme par décret simple ou par décret en conseil des ministres¹⁷³⁶. Dans ce cas, l'acte porte la mention « le Conseil des ministres entendu ». La question est de savoir si le Conseil des ministres ou les ministres ayant délibéré peuvent être considérés comme coauteurs de l'acte. Autrement dit, il convient de se poser la question de savoir ce que signifie « délibérer en Conseil des ministres » et de connaître la portée de cette exigence.

306. Il faut d'abord remarquer que, en France, le Conseil des ministres n'est pas un organe de l'État investi de compétences¹⁷³⁷. Les décisions qui y sont délibérées ne lui sont pas imputées : c'est la formation « officielle¹⁷³⁸ » ou « solennelle¹⁷³⁹ » du Gouvernement. Partant, la question demeure de savoir si les membres du Gouvernement ayant délibéré peuvent être considérés comme coauteurs des nominations. L'interrogation, à première vue, mérite peu d'attention dès lors qu'il a été démontré que, par leurs autres modes de participation (contreseing, proposition, etc.), le Premier ministre et/ou les ministres sont, en droit, auteurs

¹⁷³⁴ Voir É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1888, p. 505, cité par M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Une autorité administrative peut-elle légalement s'affranchir d'un avis conforme illégal ? », *AJDA*, 2012, p. 119.

¹⁷³⁵ CE, 8 juin 1994, *Laurent*, *Rec.* p. 1137. Cet arrêt est relatif au défaut d'avis conforme de l'architecte des bâtiments de France.

¹⁷³⁶ Voir *supra* p. 200 et s.

¹⁷³⁷ Dans le même sens, voir notam. J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 662 ; *contra* cependant F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 566. Pour ces auteurs, le Conseil des ministres « n'est pas seulement la réunion des membres du Gouvernement. C'est l'autorité collégiale à laquelle la Constitution attribue des compétences ».

¹⁷³⁸ M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général, op. cit.*, p. 86.

¹⁷³⁹ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2013, p. 465.

des nominations aux côtés du président de la République. Même si, formellement, « les décrets de nomination délibérés en Conseil des ministres ont pour seul auteur le [président de la République]¹⁷⁴⁰ » et même à supposer que celui-ci ait un pouvoir de décision dans ce cadre, il s'agit de se demander si la délibération du Conseil des ministres est un argument de plus pour considérer les membres du Gouvernement comme auteurs des nominations.

307. Pour illustrer le déroulement d'un Conseil des ministres en France, Dominique TURPIN rapporte une phrase du Président américain LINCOLN : « sept non, un oui... Les oui l'emportent ! »¹⁷⁴¹. Les récits de Conseils des ministres¹⁷⁴² et les comptes rendus eux-mêmes¹⁷⁴³ révèlent que l'absence de délibération est caractéristique du Conseil des ministres français¹⁷⁴⁴ :

De lieu de délibération collégiale de la politique du Gouvernement, le conseil des ministres est devenu le lieu d'impulsion et de conclusion du travail gouvernemental sous la direction effective du chef de l'État¹⁷⁴⁵.

Dans ses mémoires, Roger BELIN rend compte du rôle joué par DE GAULLE, dernier président du Conseil de la Quatrième République, dans cette mutation :

Il est parvenu à vider [*les séances du Conseil des ministres*] de leur substance et les ramener à une simple formalité constitutionnelle. Cette volonté constante d'empêcher tout *débat* au cours

¹⁷⁴⁰ J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 662.

¹⁷⁴¹ D. TURPIN, « La présidence du Conseil des ministres », art. cité, p. 886.

¹⁷⁴² Pour une synthèse de diverses expériences rapportées par les acteurs eux-mêmes voir B. BONTE, *Dans le secret du Conseil des ministres : enquête dans les coulisses du salon Murat, du général de Gaulle à François Hollande*, Les Éditions du Moment, 2013, 285 p. Voir aussi les témoignages de Renaud DENOIX DE SAINT MARC (particulièrement p. 588 et s.), de Frédéric SALAT-BAROUX (p. 594 et s.), de Marceau LONG (p. 611 et s.), de Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU (p. 624 et s.) et de Michel CHARASSE (p. 645 et s. et p. 655 et s.) restitués en annexe 2 de la présente thèse.

¹⁷⁴³ Le compte rendu du Conseil des ministres à l'époque gaullienne débutait par « le président de la République a décidé ». Ceci est rapporté par D. TURPIN, « La présidence du Conseil des ministres », art. cité, p. 886.

¹⁷⁴⁴ Voir la manière dont DE GAULLE rend compte du Conseil des ministres in *Mémoires d'espoir*, t. 1, *op. cit.*, p. 286 : « Dans les cas les plus importants, j'invite tous les membres à faire connaître leur avis. De toute façon, le Premier ministre présente ses arguments et ses propositions. En fin de compte, j'indique quelle est ma manière de voir et je formule la conclusion. Après quoi, le "relevé des décisions" est arrêté par moi-même et c'est auprès de moi que le ministre de l'Information vient prendre ses directives pour ce qu'il va faire connaître au public de la réunion qui s'achève. [...] En outre, je le reçois [*le Premier ministre*] avant d'ouvrir toute séance du conseil afin de préciser ce à quoi il convient d'aboutir. D'ailleurs, les membres du Gouvernement viennent me voir à tour de rôle, chacun me rendant compte de ce qu'il fait et projette de faire et prenant acte de mes intentions ».

¹⁷⁴⁵ J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil des ministres », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 500.

d'un conseil des ministres s'est [d'abord] manifestée à l'occasion des nominations aux grades de grand officier et de grand-croix de la Légion d'honneur¹⁷⁴⁶.

Depuis lors, en France le Conseil des ministres n'est « plus un organe délibératif¹⁷⁴⁷. Il n'est qu'une simple chambre d'enregistrement des choix du chef de l'État¹⁷⁴⁸ » en période de concordance des majorités et des choix gouvernementaux en situation de cohabitation. Dans cette seconde situation, le jeu de « figuration¹⁷⁴⁹ » est poussé à son paroxysme puisque le Gouvernement veille à masquer au président de la République toutes dissensions éventuelles¹⁷⁵⁰. En période de cohabitation, plus encore qu'hors cohabitation, le Conseil des ministres n'est pas un lieu de discussion¹⁷⁵¹. C'est « un point de passage obligé pour des textes et des décisions individuelles ; à aucun moment sous la V^e République, il n'a été l'endroit où s'élabore la politique gouvernementale, en temps de cohabitation moins que jamais¹⁷⁵² ». Cette mutation du Conseil des ministres peut être analysée comme « un révélateur et un vecteur de la puissance du président de la République dans nos institutions¹⁷⁵³ ».

Pourtant, il ne fait guère doute que l'intention des rédacteurs du texte constitutionnel en 1958 était bien de faire du Conseil des ministres un lieu de discussion et de faire des décrets délibérés en Conseil des ministres des actes produits par l'échange¹⁷⁵⁴. Quelles que soient les conséquences que l'on attache à une délibération¹⁷⁵⁵, le verbe « délibérer », employé à l'article 13 de la Constitution, appelle la discussion ; il s'agit de « peser tous les éléments

¹⁷⁴⁶ R. BELIN, *Lorsqu'une République chasse l'autre (1958-1962)*, *op. cit.*, p. 52 (nous soulignons). Dans les pages qui suivent l'auteur montre que DE GAULLE a adopté une telle attitude dans bien d'autres domaines.

¹⁷⁴⁷ Une disposition comme celle que retient la Constitution suédoise pourrait peut-être inviter à davantage de débat. L'article 6 du chap. VI de la Constitution de Suède énonce : « Il est dressé procès-verbal des délibérations de tout conseil de cabinet [où « le Gouvernement tranche les affaires de sa compétence » (art. 3 chap. VI)]. Les opinions divergentes sont mentionnées ».

¹⁷⁴⁸ Ch. GOAUD, « Le Conseil des ministres sous la V^e République », *RDP*, 1988, p. 455.

¹⁷⁴⁹ Le mot est de Jacques SOUSTELLE, cité in A. CLAISSE, *Le Premier ministre de la V^e République*, *op. cit.*, p. 120. Remarquons que ce même terme est employé par Michel ROCARD dans l'entretien reproduit en annexe 2 de la thèse, p. 642 et s.

¹⁷⁵⁰ Ph. ARDANT et O. DUHAMEL, « La dyarchie », *Pouvoirs*, n°91, 1999, p. 17.

¹⁷⁵¹ Dans le même sens, J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil des ministres », art. cité, p. 529.

¹⁷⁵² *Idem.* Voir *contra*, étudiant la responsabilité du ministre « à la frontière de l'administration et du politique », N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 356 : « Lors des Conseils des ministres (ou conseils et comités restreints) l'attitude collégiale du Gouvernement est fixée et adoptée. Le ministre y exprime ses choix politiques et fournit la preuve de la direction effective de ses services ».

¹⁷⁵³ J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil des ministres », art. cité, p. 500 et voir p. 508-509.

¹⁷⁵⁴ Voir les interventions de M. GILBERT-JULES devant le Comité consultatif constitutionnel le 8 août 1958, *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 2, *op. cit.*, p. 331.

¹⁷⁵⁵ La délibération produit-elle ou non forcément une décision ?

d'une question », de « peser les pour et les contres »¹⁷⁵⁶. Certes, l'essentiel est discuté, négocié et établi en amont avec le concours du secrétaire général du Gouvernement¹⁷⁵⁷, mais le Conseil des ministres avait été envisagé comme un lieu d'information du président de la République et comme un lieu de formation et de confirmation de la volonté collégiale du Gouvernement. Prévoir des nominations délibérées en Conseil des ministres revenait à « permettre un contrôle [...] sur ces nominations, pour qu'elles ne puissent pas être faites contre l'avis du Gouvernement¹⁷⁵⁸ ». La volonté des ministres était donc primordiale et ceci est notamment lié à leur pouvoir hiérarchique. Puisque « l'autorité hiérarchique comprend pleinement le pouvoir de nommer et de sanctionner¹⁷⁵⁹ », alors cela explique que les ministres, disposant du pouvoir hiérarchique, soient compétents pour décider des nominations, par le biais des divers modes de participation étudiés comme au sein de l'instance collégiale que constitue le Conseil des ministres¹⁷⁶⁰.

*
* *

Conclusion du chapitre

308. De ce chapitre ressort la pluralité des participants à l'édition d'une nomination. Qu'il s'agisse de la volonté des nominataires – qui initient et/ou acceptent l'acte –, de la pluralité des organes participant au *negotium* (contresignataires en particulier) et à l'*instrumentum* (organes rapporteurs, organes de proposition ou d'avis, jurys de concours, etc.), souvent les normes font de ces participants des coauteurs des actes adoptés ; ils sont organes partiels de nomination. Leur intervention ne ressortit donc pas simplement à des règles de forme ou de procédure mais touche à la compétence. Il semble que leur méconnaissance puisse appeler, en cas de recours, l'application de la jurisprudence *Danthony* : la violation des règles requérant

¹⁷⁵⁶ Voir *TLFi-lex. préc.*, entrée « Délibérer ».

¹⁷⁵⁷ Quant à ce processus de préparation de la partie B de l'ordre du jour du Conseil des ministres, voir notam. les entretiens de Renaud DENOIX de SAINT MARC (particulièrement p. 588 et s.), de Frédéric SALAT-BAROUX (p. 594 et s.), de Marceau LONG (p. 611 et s.), de Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU (p. 624 et s.) et de Michel CHARASSE (p. 645 et s. et p. 655 et s.) reproduits en annexe 2 de la thèse.

¹⁷⁵⁸ M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 197.

¹⁷⁵⁹ N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 585.

¹⁷⁶⁰ Inversement, il est tentant d'avancer que le président de la République n'ayant pas de pouvoir hiérarchique (*ibid.*, p. 414), il n'a pas le pouvoir de nommer (au sens de désigner) et n'ayant pas le pouvoir de désigner, il n'a pas le pouvoir hiérarchique.

l'intervention de participants identifiables comme coauteurs des nominations a bien « pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte¹⁷⁶¹ ». Néanmoins, ces règles peuvent être analysées de deux façons.

309. Du premier point de vue, dès lors qu'il a été démontré qu'en droit la compétence de nomination du président de la République est essentiellement formelle, alors, d'une part, ces diverses participations ne s'imposent pas au président de la République (qui n'est pas compétent pour décider) mais au Premier ministre et aux membres du Gouvernement. D'autre part, elles confirment le caractère formel de la compétence du chef de l'État. Analyser sous cet angle la compétence de nomination permet de distinguer trois situations : il est possible d'être titulaire de la compétence de nomination sans jouir d'un pouvoir de désignation – c'est le cas du président de la République qui est l'auteur nominal ; il est possible de disposer d'une compétence de nomination et du pouvoir de désignation – il en est ainsi des coauteurs ; il est possible enfin de participer aux nominations par l'exercice d'un pouvoir de désignation qui ne s'accompagne pas d'une compétence de nomination, c'est-à-dire d'un pouvoir de désignation ne s'accompagnant pas d'une faculté de consentement ou d'opposition.

Du second point de vue, puisque le chef de l'État a pu capter le pouvoir de désignation appartenant au Premier ministre, ces contrôles peuvent aussi être pensés comme s'appliquant aux décisions présidentielles. Ils contribuent à la mitigation de son pouvoir de désignation capté. Néanmoins, il a été souligné que le pouvoir présidentiel de nomination lui-même peut contribuer à faire échec à ce mode de contrôle tenant à la multiplicité des participants et des auteurs. « La nécessité d'obtenir, pour les actes importants, le concours de plusieurs volontés est une garantie précieuse » écrivait déjà Gaston JÈZE en 1923¹⁷⁶². Si les coauteurs sont eux-mêmes nommés par le président de la République et s'ils font leur l'institutionnalisation des rôles à laquelle peut confiner une nomination, alors tout se passe comme si la pluralité se dissipait en une unité. Les freins et contrepoids ainsi que l'équilibre que sert le recours à un organe complexe s'évanouissent.

Face au relatif échec de cette première forme de contrôle, un certain nombre de règles conditionnant le choix de personnes nommées peuvent néanmoins constituer une autre forme de contrôle qui, elle, ne soit pas fuyante.

¹⁷⁶¹ CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, préc.

¹⁷⁶² G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 68.

CHAPITRE SECOND. LA PLURALITÉ DES RÈGLES D'ÉDICTION DES ACTES DE NOMINATION

310. Diverses règles pèsent sur les choix des autorités de désignation¹⁷⁶³. En premier lieu, l'intervention d'une pluralité de participants à l'édition d'une nomination aura déjà permis de révéler un certain nombre de conditions de forme et de procédure pesant sur les nominations. Loin d'être négligeables, elles ne sont pas dépourvues de conséquences, en cas d'irrégularité notamment, et elles rappellent que même pour les nominations les plus politiques, le droit ne cède jamais pleinement sa place. À côté de ces conditions tenant au processus de nomination (**Section 1**), des conditions de fond s'imposent aux nominations présidentielles. Cette problématique est souvent analysée sous l'angle du caractère discrétionnaire ou non de l'exercice de la compétence du président de la République qui serait plus ou moins libre de choisir qui sera nommé. Or, le constat précédent de la pluralité des participants à une nomination oblige à reconsidérer le point de vue à adopter quant à la question des conditions qui s'imposent à l'élaboration d'une nomination. La liberté de choix n'appartient pas au président de la République mais aux coauteurs qui établissent le fond de l'acte. Par exemple, lorsqu'un organe de proposition soumet une nomination à la signature présidentielle, c'est bien à lui qu'il revient de s'enquérir de la faisabilité juridique de l'opération. C'est bien sur lui que pèsent les conditions de forme et de fond. Et à supposer même que soit disqualifiée, en fait, l'importance des coauteurs d'une nomination à laquelle

¹⁷⁶³ Compte tenu du chapitre précédent, c'est à dessein que nous employons un pluriel. Il permet de souligner la pluralité des participants, dont l'importance est considérable. Dans les pages qui suivent l'emploi du singulier, le cas échéant, ne doit pas masquer cette idée fondamentale : *des* participants (dès lors qu'ils sont coauteurs) forment *un* organe complexe de nomination, que nous dirons parfois *une* autorité de nomination.

participe le président de la République, ces conditions demeurent et, de ce point de vue, s'imposeraient au chef de l'État (**Section 2**).

SECTION 1. DES RÈGLES ENCADRANT LE PROCESSUS DE NOMINATION

Les actes de nomination du président de la République doivent respecter un certain nombre de conditions de forme et de procédure. Celles-ci n'ont certes pas nécessairement de conséquences sur la validité des nominations mais elles peuvent conduire à sanctionner leur non-conformité (§2). Cependant, le respect de l'ensemble de ces exigences nécessite avant tout l'existence et la vacance d'un poste à pourvoir (§1).

§1. Existence et vacance du poste à pourvoir

Si nommer consiste à attribuer à une personne une fonction, un emploi, un titre ou une dignité¹⁷⁶⁴ déterminés, encore faut-il que ces fonctions, emplois, titres ou dignités existent (A) et soient libres, c'est-à-dire susceptibles d'être pourvus (B).

A. L'existence des postes à pourvoir

Les conditions d'existence d'un emploi intéressent avant tout les nominations dans les emplois des corps de la fonction publique (1). Mais cette problématique n'est pas étrangère non plus aux autres nominations à certains titres, fonctions, ou dignités (2).

¹⁷⁶⁴ Pour les définitions de ces différents termes, voir l'introduction p. 38 et s.

1. L'existence de l'emploi

311. Pour les emplois de la fonction publique de l'État, la nomination à un poste exige un support budgétaire qu'il incombe au Parlement de voter¹⁷⁶⁵. Outre les enjeux politiques qu'elle suscite¹⁷⁶⁶, la création de ces emplois obéit à des règles budgétaires qui furent longtemps soumises à l'ordonnance organique de 1959 *portant loi organique relative aux lois de finances*. Les parlementaires votaient chaque année le nombre d'emplois par corps et grade¹⁷⁶⁷. « Sous le régime de l'ordonnance organique de 1959, la nomenclature des emplois comportait environ 5 000 lignes correspondant aux grades des différents corps¹⁷⁶⁸ » et ces différents crédits étaient répartis dans différents titres¹⁷⁶⁹. Les règles budgétaires relatives aux emplois étaient telles que deux écueils étaient souvent relevés : d'une part, les lois de finances ne permettaient pas une véritable « connaissance des emplois budgétaires rémunérés sur le budget de l'État¹⁷⁷⁰ » et, d'autre part, la « rigidité¹⁷⁷¹ » du système conduisait à méconnaître l'exigence de « l'autorisation parlementaire¹⁷⁷² ».

312. La loi organique *relative aux lois de finances* (LOLF) de 2001¹⁷⁷³ a largement modifié les règles budgétaires applicables aux dépenses de personnel relevant de l'État¹⁷⁷⁴. Désormais, non seulement un titre spécial est dédié aux dépenses de personnel¹⁷⁷⁵ – ce qui rompt avec l'éclatement antérieur –, mais encore le vote des « crédits ouverts sur le titre des dépenses de personnel [doit être] assorti de plafonds d'autorisation des emplois rémunérés par l'État¹⁷⁷⁶ ». Chaque année, la première partie de la loi de finances fixe donc une somme globale et

¹⁷⁶⁵ Pour des éléments de droit comparé, voir D. MIGAUD et A. LAMBERT, *La Mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances, Rapport au Gouvernement*, La Documentation française, 2006, p. 104 et s.

¹⁷⁶⁶ Cela se mesure pleinement, dans les développements que Nicole BELLOUBET consacre à ce sujet, in *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française, op. cit.*, p. 657-658.

¹⁷⁶⁷ É. GRISTI, *La Réforme de l'État*, Vuibert, coll. « Public droit », 2007, p. 387.

¹⁷⁶⁸ Y. CHEVALIER, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2006, p. 525.

¹⁷⁶⁹ L. SAIDJ et J.-L. ALBERT, « Fonction publique et droit budgétaire », *Juris-Classeur Fonctions publiques*, fasc. 50, 2012, §16-17.

¹⁷⁷⁰ C. MONIOLLE, « Les apports essentiels de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances en matière de dépenses de personnel », *AJDA*, 2006, p. 2041.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 2042 ; cf. Y. CHEVALIER, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2006, p. 525.

¹⁷⁷² C. MONIOLLE, « Les apports essentiels de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances en matière de dépenses de personnel », art. cité, p. 2041.

¹⁷⁷³ Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 *relative aux lois de finances*.

¹⁷⁷⁴ L'ampleur de ce changement se mesure en lisant l'article précité de Carole MONIOLLE.

¹⁷⁷⁵ Art. 5 de la LOLF.

¹⁷⁷⁶ Art. 7.III de la LOLF.

maximale de crédits affectés aux emplois rémunérés par l'État, personne morale¹⁷⁷⁷, et établit des plafonds par programme¹⁷⁷⁸. Depuis la mise en application de la LOLF, en 2006, les lois de finances annuelles ne font plus seulement apparaître les emplois permanents et les contractuels « sur emplois » mais tous les emplois rémunérés sur le budget de l'État, quels que soient leurs statuts¹⁷⁷⁹. Ce vote sur l'ensemble des emplois budgétaires devrait permettre aux parlementaires une meilleure connaissance et une meilleure maîtrise des dépenses de personnel tout en leur offrant l'occasion « d'un véritable débat sur la politique de personnel¹⁷⁸⁰ ». Ces plafonds sont ensuite « spécialisés par ministère¹⁷⁸¹ » dans la seconde partie de la loi de finances de l'année¹⁷⁸². L'ensemble de la masse salariale est désormais exprimé en « équivalent temps plein travaillé » (ETPT)¹⁷⁸³ de sorte qu'« il n'y a plus de lien entre le corps de rattachement et les ETPT. À ce titre, la loi de finances ignore largement la notion de corps¹⁷⁸⁴ ». Il incombe donc au législateur de répartir entre les différents ministères les plafonds d'emplois. En d'autres termes, la création des emplois par la maîtrise de l'enveloppe budgétaire générale et la distribution par ministère revient au législateur, mais l'utilisation et la répartition des agents par budget opérationnel de programme (dit BOP)¹⁷⁸⁵ relève encore de l'exécutif. Carole MONIOLLE le confirme en écrivant que « la structure interne des emplois par ministère est fixée librement [...]. À l'intérieur de ces plafonds, il n'y a pas besoin d'autorisation du Parlement¹⁷⁸⁶. »

¹⁷⁷⁷ Sont donc exclus les emplois des autres personnes morales lorsque ceux-ci ne sont pas rémunérés par l'État. Voir MINISTÈRE DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique*, 2014. Les emplois des opérateurs de l'état sont votés dans des budgets annexes : les « jaunes ».

¹⁷⁷⁸ Art. 7.II de la LOLF. « Un programme regroupe les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation » (Art. 7.I).

¹⁷⁷⁹ Y. CHEVALIER, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », art. cité, p. 525.

¹⁷⁸⁰ C. MONIOLLE, « Les apports essentiels de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances en matière de dépenses de personnel », art. cité, p. 2042.

¹⁷⁸¹ *Loc. cit.*

¹⁷⁸² Art. 34.II.2° de la LOLF.

¹⁷⁸³ Décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 *relatif à la gestion budgétaire et comptable publique*.

¹⁷⁸⁴ C. MONIOLLE, « Les mutations des corps de la fonction publique d'État », *AJDA*, 2013, p. 330.

¹⁷⁸⁵ Selon le glossaire proposé par le Direction du budget : « Le budget opérationnel de programme regroupe la part des crédits d'un programme mise à la disposition d'un responsable identifié pour un périmètre d'activité (une partie des actions du programme par exemple) ou pour un territoire (une région, un département,...). Le BOP a les mêmes attributs que le programme : c'est un ensemble globalisé de moyens associés à des objectifs mesurés par des indicateurs de résultats. Les objectifs du budget opérationnel de programme sont définis par déclinaison des objectifs du programme » (voir le glossaire en ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/glossaire>).

¹⁷⁸⁶ C. MONIOLLE, « Les mutations des corps de la fonction publique d'État », art. cité, p. 330.

313. Ces mesures se sont inscrites dans le mouvement de « Révision générale des politiques publiques » (RGPP) initié en 2007 et qui, suivant une conception résolument managériale des finances publiques et de l'organisation de l'État, visait à assouplir la gestion des carrières et à réduire les dépenses de personnel, notamment en réduisant les effectifs¹⁷⁸⁷. Quoique depuis 2012 les Gouvernements AYRAULT et VALLS aient entendu y mettre fin, la logique qui sous-tendait la RGPP demeure ; elle est désormais appelée « modernisation de l'action publique (MAP) »¹⁷⁸⁸.

Il n'est pas certain cependant que l'objectif de clarification et de meilleure maîtrise de la politique d'emploi par le Parlement soit atteint. La Cour des comptes, dans un rapport de juillet 2013, révélait encore que « les effectifs ne sont connus avec précision ni au niveau national ni au niveau déconcentré¹⁷⁸⁹ ».

La question de l'existence des emplois paraît transposable aux nominations à des fonctions, titres ou dignités.

2. L'existence des fonctions, titres ou dignités

314. Les nominations du Premier ministre et des ministres exigent l'existence du poste ministériel. Dans certains États, le nombre de ministres est fixé par une disposition constitutionnelle ou relève de la compétence du législateur. La Constitution irlandaise prévoit par exemple que la loi doit établir « l'organisation des départements ministériels et la distribution du travail entre eux [ou encore] la désignation des membres du gouvernement

¹⁷⁸⁷ Sur ce constat, voir L. SAIDJ et J.-L. ALBERT, « Fonction publique et droit budgétaire », *op. cit.*, §6 et 7. Sur le nombre de fonctionnaires, débat revenant telle une antienne, la lecture de la thèse d'Émilien RUIZ est éclairante : *Trop de fonctionnaires ? Contribution à une Histoire de l'État par ses effectifs. (France, 1850-1950)*, EHESS, 2013, 889 p. Ce travail historique renseigne aussi sur les discours actuels.

¹⁷⁸⁸ Pour des développements à ce sujet, voir P. GÉRARD, *L'Administration de l'État*, *op. cit.*, p. 365 et s. Le dernier chapitre de l'ouvrage est consacré aux réformes de l'Administration. L'auteur y décrit les évolutions qu'elle a connues en France depuis « l'approche budgétaire », de 2000 à 2012, jusqu'à la « modernisation de l'action publique » entreprise en 2012. Il expose également les réformes ayant cours dans d'autres régimes (p. 382 et s.). Voir aussi, pour une présentation de la RGPP et de ses finalités : M. BOUVIER, « La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État », *AJDA*, 2008, p. 329-333. Sur les conséquences et inconséquences de la LOLF, voir J. CHEVALLIER, « Les orientations nouvelles des politiques de réforme administrative en France », *Pyramides*, n°19, 2010, p. 15-28. Quant aux différences et points communs entre RGPP et MAP et leurs conséquences sur la fonction publique, voir G. DESMOULINS, « La recherche de la performance des politiques publiques. De l'illusion à la raison ? », *AJDA*, 2013, p. 894-899 et C. VIGOUROUX, « Trente ans après la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA*, 2013, p. 1202-1206.

¹⁷⁸⁹ COUR DES COMPTES, *L'Organisation territoriale de l'État, Rapport public thématique*, juillet 2013, p. 165. La Cour ne tarie pas de critiques quant à la mise en œuvre de la LOLF (voir en particulier, p. 165-171).

comme ministres chargés de l'un de ces départements¹⁷⁹⁰ ». Le rôle de l'Assemblée nationale bulgare est encore plus important puisqu'elle « élit et relève de ses fonctions le premier ministre et, sur sa proposition, le Conseil des ministres ; procède à des changements dans la composition du gouvernement sur proposition du Premier ministre [et] crée, transforme et supprime des ministères sur proposition du Premier ministre¹⁷⁹¹ ». D'autres Constitutions, tout en réservant la composition du Gouvernement au pouvoir exécutif, établissent parfois des limites comme en témoigne l'article 40 de la Constitution finlandaise qui exige que « toute décision en Conseil requiert la présence d'au moins cinq ministres » ; implicitement, cet article établit le nombre minimum que chaque Gouvernement doit comporter¹⁷⁹². En France, sous la Cinquième République, contrairement à certaines Constitutions antérieures à 1958¹⁷⁹³ et contrairement à ce qu'aurait souhaité Michel DEBRÉ lors de la rédaction du texte constitutionnel en 1958¹⁷⁹⁴, le législateur n'a pas pris sur la composition du Gouvernement et aucune disposition constitutionnelle ne limite le nombre de ministres. Comme dans d'autres régimes, seules les fonctions de Premier ministre¹⁷⁹⁵ et de ministre de la Justice¹⁷⁹⁶ jouissent d'une reconnaissance constitutionnelle¹⁷⁹⁷. L'existence des autres fonctions ministérielles est donc concomitante à la nomination : le décret relatif à la composition du Gouvernement a pour effet non seulement de créer les fonctions ministérielles mais encore d'y pourvoir.

315. La question de l'existence se pose aussi pour les nominations aux titres et dignités que constituent en particulier les nominations dans la Légion d'honneur. Le Code y relatif établit un nombre maximal de décorés (1 250 commandeurs, 10 000 officiers, 113 425 chevaliers) et dignitaires (75 grand'croix et 250 grands officiers)¹⁷⁹⁸. De plus, pour « atteindre progressivement ces objectifs¹⁷⁹⁹ », un décret du président de la République doit fixer les

¹⁷⁹⁰ Constitution irlandaise, art. 28 §12.

¹⁷⁹¹ Constitution bulgare, art. 84 §6 et 7.

¹⁷⁹² On trouve ce type de dispositions dans d'autres Constitutions, telle la Constitution suédoise : art. 4 : « Le Premier ministre convoque les autres ministres à des conseils de cabinet, qu'il préside. Cinq ministres au moins doivent participer à ces réunions ».

¹⁷⁹³ L'article 150 de la Constitution de l'an III énonçait : « Le corps législatif détermine les attributions et le nombre des ministres. Ce nombre est de six au moins et de huit au plus ».

¹⁷⁹⁴ F. LUCHAIRE, *Compte rendu de la réunion du 27 juin 1958*, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, vol. 1, *op. cit.*, p. 295.

¹⁷⁹⁵ Le Premier ministre est mentionné aux articles 8, 12, 16, 19, 21, 22, 28, 29, 33, 39, etc. de la Constitution de la Cinquième République.

¹⁷⁹⁶ Le ministre de la justice apparaît à l'article 65 de la Constitution française.

¹⁷⁹⁷ La Constitution finlandaise, elle aussi, ne consacre explicitement que ces fonctions : art. 36 et 39.

¹⁷⁹⁸ Art. R. 7 du Code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire.

¹⁷⁹⁹ *Idem.*

contingents de décorations sur une période de trois ans¹⁸⁰⁰. Ainsi, non sans rétroactivité, le décret du 23 janvier 2012 établit-il qu'entre le 1^{er} janvier 2012 et le 31 décembre 2014 pourront être promus 9 grand'croix, 27 grands officiers, 142 commandeurs, 684 officiers et 3880 chevaliers. En d'autres termes, il ne peut exister plus de décorés et dignitaires que ne le prévoit le Code et suivant une problématique proche de celle de la vacance, nulle nomination ou promotion ne peut excéder le contingent triennal établi par décret.

B. La vacance du poste à pourvoir

Pour qu'un poste existant soit pourvu, encore faut-il qu'il soit effectivement vacant (1). Or, il peut advenir que la vacance d'un poste résulte d'une révocation illégale. Dans cette hypothèse, la nomination peut être remise en cause (2).

1. La vraie vacance : un poste à pourvoir

316. Comme pour les règles relatives à l'existence, la vacance entretient un lien privilégié avec l'emploi au sens du droit de la fonction publique. Des questions analogues se posent pourtant s'agissant des nominations à des fonctions ou titres.

317. D'abord, la vacance est nécessaire pour pourvoir certaines fonctions. Évidemment, le président de la République ne saurait nommer quatre membres du Conseil constitutionnel, deux Premiers ministres ou deux gardes des Sceaux. Les décrets de nomination des Premiers ministres interviennent toujours après le décret par lequel le président de la République accepte la démission du Premier ministre et du Gouvernement précédents. Ainsi, dans le cas de la succession de Manuel VALLS à Jean-Marc AYRAULT, le décret qui était relatif à la cessation des fonctions du Gouvernement fut publié avant le décret du même jour portant nomination du nouveau Premier ministre¹⁸⁰¹. En revanche, le président de la République ne saurait laisser durer la vacance du Premier ministre. Si celui-ci est absent, il incombe au chef

¹⁸⁰⁰ Art. R. 14 du même Code.

¹⁸⁰¹ Voir *JORF* du 1^{er} avril 2014, respectivement texte n°1 et texte n°2, p. 6226.

de l'État de charger un ministre de l'intérim¹⁸⁰². Si le poste devient définitivement vacant, par exemple suite à la démission ou au décès du Premier ministre, le président de la République doit, semble-t-il, le pourvoir sans délai : la vacance n'existe que le temps de signer le décret du successeur¹⁸⁰³.

318. Pour d'autres fonctions, la durée maximale de la vacance a pu être établie par les textes. Par exemple, l'ordonnance du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel fixe les règles de nomination des membres. Elle établit la continuité des renouvellements en établissant des délais différents selon les cas de vacance. Lorsque celle-ci est due à l'échéance normale du mandat, « il est pourvu au remplacement [...] huit jours au moins avant l'expiration [des] fonctions » des membres à remplacer¹⁸⁰⁴ ; les successeurs n'entrent eux-mêmes en fonction qu'après avoir prêté serment devant le président de la République¹⁸⁰⁵. Lorsque la vacance résulte d'une démission d'office ou de l'incapacité physique permanente d'un membre, la nomination du successeur doit intervenir huit jours après au plus tard¹⁸⁰⁶. Une telle mesure pourrait d'ailleurs poser de sérieuses difficultés depuis qu'est entrée en vigueur la loi ordinaire de concrétisation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution établissant l'obligation de recueillir l'avis des commissions permanentes de chaque Assemblée avant de prononcer une nomination au Conseil constitutionnel. Car cette loi de juillet 2010 prévoit que l'audition du candidat à une fonction est obligatoire et « ne peut avoir lieu *moins* de huit jours après que le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été rendu public¹⁸⁰⁷ ». Si le président de la République devait remplacer un conseiller constitutionnel démis d'office ou devenu physiquement incapable, il ne pourrait vraisemblablement se conformer à la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Enfin, en cas de démission librement décidée par un membre du Conseil constitutionnel, « la nomination du remplaçant intervient au plus tard dans le mois de la démission¹⁸⁰⁸ » et pour assurer une pleine continuité, la démission ne prend effet qu'à la nomination du successeur¹⁸⁰⁹. Le remplacement des personnalités qualifiées nommées par le président de la République au Conseil supérieur de la magistrature suit

¹⁸⁰² De nombreux décrets présidentiels ont un tel objet (voir *supra* p. 217).

¹⁸⁰³ Sur la compétence présidentielle de nomination comme compétence d'exercice obligatoire, voir *supra* p. 212 et s.

¹⁸⁰⁴ Art. 8 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

¹⁸⁰⁵ Art. 3, *ibid.*

¹⁸⁰⁶ Art. 10 et 11, *ibid.*

¹⁸⁰⁷ Art. 1^{er} de la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*.

¹⁸⁰⁸ Art. 9 de la loi précitée.

¹⁸⁰⁹ *Idem.*

également un schéma semblable. La nomination du successeur intervient au moins quinze jours avant le terme normal du mandat tandis que, dans tous les autres cas, la nomination intervient au plus tard trois mois après échéance du mandat¹⁸¹⁰. Une solution de continuité est, en l'occurrence admise et organisée par les normes en vigueur. Les règles suivies pour la nomination du Premier ministre et des membres du Conseil constitutionnel témoignent, quant à elle, du double souci d'empêcher toute solution de continuité tout en proscrivant les nominations surnuméraires.

319. Mais la question de la vacance d'emploi se pose surtout en ces termes s'agissant des emplois dans la fonction publique de l'État. Or, comme le remarque Yves CHEVALIER, « la disparition des emplois budgétaires conduit à reconsidérer la notion de vacance d'emploi¹⁸¹¹ ». Car « dans le contexte de la LOLF, un emploi vacant peut se définir comme un emploi, ou un poste, offert au recrutement, c'est-à-dire qui n'a pas fait l'objet d'une décision de redéploiement au bénéfice d'un autre corps ou de suppression pour permettre la mise en œuvre d'une décision de fongibilité interne au titre II ou de fongibilité asymétrique¹⁸¹² ». Autrement dit, un emploi vacant est en principe « offert au recrutement » ; en ce sens, l'emploi désigne toujours « le fonctionnaire à l'état de prévision budgétaire¹⁸¹³ ». Mais si tous les emplois nécessitent des crédits votés par le Parlement, tous les emplois vacants ne sont pas forcément pourvus, attendu que les décisions quant à la gestion et à l'exécution du budget incombent aux ministres (et aux responsables de programme désignés par eux)¹⁸¹⁴. Premièrement, les crédits du titre II (dépenses de personnel) peuvent ne pas être employés pour rémunérer des agents en activité mais peuvent bénéficier aux deux autres volets de ce titre, à savoir les « cotisations et contributions sociales ou les prestations sociales et allocations diverses ». Yves CHEVALIER semble viser en ces termes la fongibilité interne au titre II. Deuxièmement, les crédits correspondants peuvent ne pas être utilisés car le

¹⁸¹⁰ Art. 7 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 *sur le Conseil supérieur de la magistrature*.

¹⁸¹¹ Y. CHEVALIER, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », art. cité p. 526.

¹⁸¹² *Loc. cit.*

¹⁸¹³ J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 78.

¹⁸¹⁴ Voir COUR DES COMPTES, *L'Organisation territoriale de l'État, op. cit.* p. 165 : « Les plafonds d'emplois sont des plafonds d'autorisation des emplois rémunérés par l'État et les effectifs maximaux pouvant être atteints [...]. Ils ne correspondent pas aux effectifs réels, qui traduisent, eux, les postes de travail effectivement recensés dans les services et occupés par un agent. L'enquête de la Cour montre que certains ministères, comme la culture et la justice, répartissent entre leurs services des effectifs qui représentent un total supérieur à leurs plafonds d'emplois, et aboutissent donc inévitablement à ce que des postes demeurent vacants, ce qui est trompeur pour les responsables locaux ».

principe de « fongibilité asymétrique » s'applique désormais : les crédits affectés aux autres titres (dépenses de fonctionnement, charges de la dette, etc.) ne peuvent pas être convertis en crédits de dépenses de personnel ; à l'inverse, ces derniers peuvent être employés à d'autres titres¹⁸¹⁵. En ce sens, la fongibilité est asymétrique.

Ceci explique pourquoi Didier MIGAUD et Alain LAMBERT affirment que :

La LOLF introduit une nouvelle conception des emplois et des crédits de personnel : on passe d'un "droit à pourvoir" des emplois budgétaires déterminés par la loi de finances à une obligation de piloter à la fois des équivalents temps plein et une masse salariale¹⁸¹⁶.

320. Quoique la LOLF ait pu modifier l'approche de la vacance, cette dernière se présente toujours comme une condition préalable à la nomination, ce qui emporte plusieurs conséquences.

D'abord, la nécessité d'une vacance justifie la nullité absolue des nominations pour ordre que le juge administratif considère comme des actes inexistant¹⁸¹⁷. Ensuite, elle explique l'interdiction de principe, sauf texte contraire, des nominations en surnombre¹⁸¹⁸. Enfin, elle peut emporter des conséquences sur la date de prise d'effet de la nomination. Si une nomination peut prendre effet dès sa signature, l'acte de nomination peut aussi établir une date de prise d'effet postérieure. Le juge ne considère pas toujours comme illégaux ces actes consistant pour l'administration à anticiper des vacances qu'elle aura à combler. Cependant, trois limites encadrent une telle pratique. D'abord, le juge considère que la nomination anticipée « ne trouve sa justification juridique que dans les nécessités du service et le souci d'assurer son fonctionnement dans les meilleures conditions possibles¹⁸¹⁹ ». En l'absence de telles justifications, la nomination anticipée est illégale. Ensuite, l'article 141, toujours en vigueur, de la loi du 13 juillet 1911 *portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1911* dispose qu'« est nulle de plein droit toute nomination à une

¹⁸¹⁵ MINEFI, *Guide des dépenses de personnel*, 2005, p. 9.

¹⁸¹⁶ D. MIGAUD et A. LAMBERT, *La Mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances*, Rapport préc., p. 64.

¹⁸¹⁷ Nous avons défini ci-avant ces nominations comme les décisions consistant à nommer un fonctionnaire sur un emploi non vacant dans le seul but de lui conférer les avantages liés à la nomination. Voir aussi les jurisprudences déjà citées : CE, 15 juin 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale du Ministère des colonies*, préc. ; CE, 6 février 1948, *Bonfanti*, préc. ; CE, 30 juin 1950, *Massonauud*, préc. ; CE Ass., 15 mai 1981, *Maurice*, préc. ; CE, 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature*, préc.

¹⁸¹⁸ Voir en ce sens CE, 18 mars 1963, *Sertillange*, Rec. p. 191.

¹⁸¹⁹ Telle est la formule usuelle. Voir CE, 11 mars 1931, *Apcher*, Rec. p. 277 ou encore CE, 20 mai 1988, *Syndicat national des cadres hospitaliers FO*, Rec. p. 197.

fonction publique ou toute promotion d'une personne attachée, sous une dénomination quelconque, au cabinet d'un ministre ou d'un secrétaire d'État, si elle n'a pas été insérée au *Journal officiel* antérieurement à la démission du ministre ou du secrétaire d'État qui l'ont contresignée ». Ainsi les « testaments ministériels » sont-ils légalement interdits. Enfin, sont prosrites les nominations si anticipées que l'autorité signataire empièterait sur les compétences de l'autorité amenée à lui succéder¹⁸²⁰.

2. La fausse vacance : le cas de l'illégalité de la révocation du prédécesseur

321. La vacance de l'emploi résulte parfois d'une révocation. Dans ce cas, le successeur de la personne révoquée est nommé et exerce les fonctions que l'acte de nomination l'habilite à exercer. Mais il arrive que le prédécesseur évincé forme un recours contre l'acte de révocation et/ou contre l'acte de nomination qui y fait suite. Il se peut en effet que le même acte juridique porte à la fois révocation et nomination. Compte tenu de l'exigence de vacance, ces deux actes sont comme juridiquement indétachables l'un de l'autre, de sorte que l'annulation de la révocation devrait nécessairement emporter annulation ou retrait de la nomination et de l'ensemble des actes adoptés par l'autorité mal investie¹⁸²¹. Tel n'est pourtant pas toujours le cas.

322. Il peut effectivement advenir que le juge annule la révocation mais non la nomination subséquente. Compte tenu des délais de recours contentieux et des délais de jugement, il arrive qu'une nomination, qui devrait être annulée par le juge ou retirée par l'administration, ne puisse plus l'être parce qu'elle constitue, pour l'agent nommé, une décision individuelle ayant créé un droit acquis au maintien de la nomination et de ses effets. C'est la raison pour laquelle, en principe, une personne illégalement révoquée n'a pour autant aucun droit à recouvrer son poste initial¹⁸²². Il est néanmoins fait échec à ce principe dans trois hypothèses :

¹⁸²⁰ CE, 11 mars 1931, *Apcher*, préc.

¹⁸²¹ La théorie du fonctionnaire de fait permet cependant au juge administratif de ne pas prononcer l'annulation de l'ensemble des décisions prises par l'autorité mal investie. Sur cette question et le rapport qu'elle est supposée entretenir avec la théorie de l'apparence, voir les développements et la critique formulés par J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement juridique des irrégularités dans les contrats de l'administration*, op. cit., p. 602 et s.

¹⁸²² CE Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, *Rec.* p. 516 (portant sur la révocation d'un inspecteur d'académie). Plus récemment, dans le même sens et également au sujet de la révocation d'un inspecteur de l'académie : CE, 28 décembre 2012, *Cerfontaine*, *Rec. T.* p. 784 et p. 802 (le Conseil d'État y précise que les inspecteurs de l'académie de Paris ne constituent pas un corps de fonctionnaires).

si la personne évincée est un magistrat inamovible¹⁸²³ ; si la personne révoquée bénéficiait d'un emploi unique¹⁸²⁴ ; enfin, si l'Administration ne dispose pas d'emploi vacant identique à celui qu'occupait le fonctionnaire indûment révoqué¹⁸²⁵.

323. Lorsque la révocation d'un agent n'oblige ni à le réintégrer ni à révoquer son successeur, des situations assez cocasses peuvent se produire. Par exemple, quelques mois après l'alternance de 2012, le ministre de l'Éducation nationale, Vincent PEILLON, entreprit de procéder à un renouvellement des recteurs d'académie. Un décret du 28 septembre 2012 eut pour objet de nommer Françoise MOULIN-CIVIL « rectrice de l'académie de Lyon, en remplacement de M. Roland DEBBASCH ». Pour la première fois, un recteur d'académie décida de contester l'acte mettant fin à ses fonctions¹⁸²⁶. Le professeur invoquait l'irrégularité de la procédure de révocation tout en précisant qu'il ne contestait pas la nomination : « sa requête [devait] être regardée comme tendant à l'annulation du décret attaqué seulement en tant qu'il le démet de ses fonctions de recteur d'académie¹⁸²⁷ ». Concluant à l'illégalité de la révocation dans son arrêt du 26 février 2014¹⁸²⁸, le Conseil d'État n'annula donc pas pour autant la nomination de la rectrice. Il fallut attendre le décret du 10 juillet 2014 pour qu'il soit mis fin aux fonctions de recteur du professeur DEBBASCH. Faut-il en conclure que, juridiquement, l'académie de Lyon comptait deux recteurs entre le 28 septembre 2012 et le 10 juillet 2014 ? Les commentateurs écartent volontiers une réponse positive et relèguent cette décision au rang des censures symboliques¹⁸²⁹. Pourtant, si l'annulation a bien pour effet de supprimer l'acte et ses effets de façon rétroactive, alors le professeur requérant doit bien être regardé comme n'ayant jamais cessé d'être recteur. L'enjeu financier de la question est majeur.

¹⁸²³ CE, 27 mai 1949, *Veron Reville*, *Rec.* p. 246.

¹⁸²⁴ CE, 1^{er} décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, *Rec.* p. 676 (au sujet d'un administrateur de la Comédie française).

¹⁸²⁵ CE, 25 juin 1976, *Gaillard*, *Rec. T.* p. 982.

¹⁸²⁶ Précisons cependant qu'en 1923 déjà, un recteur avait critiqué au contentieux une mesure de suspension à son encontre. Il obtint gain de cause pour la même raison qui justifie la décision de 2014 : l'absence de communication du dossier préalablement à la décision (CE, 23 février 1923, *Payot*, *Rec.* p. 192).

¹⁸²⁷ CE, 26 février 2014, *R. Debbasch*, inédit au *Rec.* L'arrêt est reproduit in *AJDA*, 2014, p. 936 et suivi d'un commentaire de Bernard TOULEMONDE.

¹⁸²⁸ Remarquons qu'en l'espèce le Conseil d'État n'a pas fait application de sa jurisprudence *Association AC !* (CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Rec.* p. 197) par laquelle le Conseil d'État module parfois les effets dans le temps des annulations qu'il prononce. Dans deux arrêts du 12 décembre 2007 relatifs à des nominations de magistrats, le Conseil d'État décida de reporter la prise d'effet de l'annulation en se fondant sur le risque d'atteinte au fonctionnement du service public de la justice (voir CE, 12 déc. 2007, *Sire*, *Rec.* p. 471 et CE, 12 déc. 2007, *Vignard*, *Rec.* p. 197). Voir aussi CE Sect., 30 décembre 2010, *Robert*, préc.

¹⁸²⁹ C. MONIOLLE, « L'annulation de décisions portant cessation des fonctions d'un emploi de recteur d'académie », *JCP G.*, n°12, 2014, p. 550.

L'existence et la vacance du poste à pourvoir se présentent comme les deux conditions préalables à toute nomination. Pour prononcer la nomination, des exigences de forme et de procédure doivent être respectées.

§2. Formes et procédures des actes de nomination

324. Nombre d'auteurs insistent sur la nécessité de distinguer les règles de forme et de procédure. Les premières, qui sont relatives à la « présentation matérielle de l'acte (*instrumentum*), [traduisent] le résultat de l'opération normatrice et [renvoient] aux autres conditions de régularité de celui-ci » ; « les secondes sont relatives à l'ensemble des règles d'élaboration de l'acte unilatéral antérieurement à son émission (*negotium*), et l'irrégularité qui les entache constitue dès lors un vice de procédure »¹⁸³⁰. L'étude de la pluralité des participants a permis de mettre en exergue les principales de ces règles de forme (A) et de procédure (B).

A. Les formes des actes de nomination

325. Parmi les règles s'imposant aux actes de nomination, certaines touchent à l'*instrumentum* et, quoiqu'elles portent sur la forme de l'acte, elles ne sont pas toujours étrangères à des questions de compétence. Certaines formalités, jugées non substantielles¹⁸³¹, n'ont certes pas prise sur la légalité de l'acte et sont insusceptibles de fonder une décision d'annulation. Il en va ainsi des visas, d'une part, et de la mention du lieu où il a été adopté,

¹⁸³⁰ P.-L. FRIER, « Vice de forme », préc., §2. Le professeur rappelle que LAFERRIÈRE, dont l'influence fut grande, estimait que le vice de forme embrassait aussi les vices de procédure. À l'inverse, pour la suppression du vice de forme voir, G. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, p. 31, cité par le professeur FRIER, *loc. cit.*

¹⁸³¹ Le professeur FRIER relève que, à proprement parler, ce n'est pas la formalité qui est substantielle ou non : « Pour qu'il y ait vice de forme, il faut que la violation des règles de forme obligatoires soit substantielle » (P.-L. FRIER, « Vice de forme », préc., §109). Sur ce sujet, cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1032 et s. Les ouvrages précités de MM. CALOGEROPOULOS (*Le Contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, *op. cit.*) et HOSTIOU (*Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, *op. cit.*) fournissent également de précieuses informations.

d'autre part. Quant aux premiers, en effet, l'absence¹⁸³² ou l'erreur¹⁸³³ de visa ne constitue pas « une irrégularité de nature à entraîner l'annulation de [l']acte »¹⁸³⁴. Quant à la seconde, nulle règle ne semble imposer que les décrets présidentiels soient édictés à Paris ; le lieu de la signature n'emporterait aucune conséquence sur la validité de la nomination. Par exemple, le décret du 26 août 1995 relatif à la composition du Gouvernement JUPPÉ indique qu'il a été « fait au Fort de Brégançon¹⁸³⁵ ». D'autres règles de forme peuvent, en revanche, emporter l'illégalité de l'acte.

326. D'abord, les normes habilitant le président de la République à nommer prévoient que ses actes doivent être écrits. Ils prennent la forme de décrets et, plus rarement, de décisions¹⁸³⁶. Ainsi est-ce par décision présidentielle que sont nommés les membres du Conseil constitutionnel¹⁸³⁷. Ces actes doivent, de plus, contenir un certain nombre d'indications minimales. La loi du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations* s'appliquant au président de la République¹⁸³⁸ impose que l'acte comporte, « outre la signature de son auteur, la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci ». Dans l'hypothèse où il est saisi, le juge vérifie que l'acte a été dûment signé et contresigné, le cas échéant¹⁸³⁹. Les décrets de nomination¹⁸⁴⁰ et les décisions¹⁸⁴¹ doivent également être publiés au *Journal officiel*. Cette exigence ne conditionne pas l'entrée en vigueur de l'acte mais son opposabilité aux tiers et donc, notamment, le début du délai de recours contentieux. Pour qu'un acte soit identifié comme ayant une nomination pour objet, il doit comporter le nom de la personne nommée et l'intitulé de la fonction, de l'emploi, de la dignité ou du titre pourvu. Ces mentions caractérisent la nomination même et des erreurs sur le nom de la personne peuvent susciter quelques

¹⁸³² CE, 5 novembre 1948, *Dame Naudou*, *Rec.* p. 524.

¹⁸³³ CE, 25 avril 1947, *Ampoulange*, *Rec.* p. 164.

¹⁸³⁴ Ces jurisprudences sont citées in G. DUPUIS, « Les visas apposés sur les actes administratifs », in *Le juge et le Droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, *op. cit.*, p. 407-413. Pour une jurisprudence plus récente, voir, par exemple, CE, 4 mai 2011, *SYNDEAC*, mentionné aux *Tables*.

¹⁸³⁵ Voir *JORF*, 27 août 1995, p. 12716.

¹⁸³⁶ Le président de la République édicte aussi des arrêtés de nomination qui, faute d'une norme leur conférant la qualité de norme, ne sont pas valides ; ils sont juridiquement inexistantes mais en fait reconnus comme des normes et peuvent être publiés au *Journal officiel*.

¹⁸³⁷ Art. 1^{er} de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*. De même, les mesures adoptées dans le cadre de l'article 16 prennent la forme de décisions.

¹⁸³⁸ Pour des développements sur la loi DCRA, voir S. SAUNIER, « La signature de la décision administrative. Bilan d'étape de la jurisprudence depuis la loi du 12 avril 2000 », *RFDA*, 2010 p. 489-505.

¹⁸³⁹ CE, 2 mars 2010, *Dalongeville*, *Rec.* p. 65.

¹⁸⁴⁰ Art. 2 de l'ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 *relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs*.

¹⁸⁴¹ Art. 1^{er} de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

situations vaudevillesques. Ainsi, sa nomination dans le premier Gouvernement DEBRÉ fut annoncée à Victor CHATENAY lors même que, comme l'indiquait le *Journal officiel*, la nomination revenait à Pierre CHATENET¹⁸⁴². Le malheureux homonyme du nouveau secrétaire d'État obtint compensation puisqu'il fut nommé membre du Conseil constitutionnel pour trois ans¹⁸⁴³ par Jacques CHABAN-DELMAS, président de l'Assemblée nationale¹⁸⁴⁴.

En sus de ces exigences relatives à la présentation matérielle de l'acte de nomination, un certain nombre de procédures enserrant l'élaboration du *negotium*.

B. Les procédures d'édiction des actes de nomination

327. L'étude de la pluralité des participants à une nomination a révélé l'importance des procédures en la matière : si les consultations requises font défaut ou si le sens d'une consultation n'est pas suivi, la nomination peut être entachée d'un vice susceptible, en cas de contestation contentieuse, de conduire à son annulation. Il ne s'agit pas de réitérer ici les remarques précédentes sur la pluralité des acteurs en matière de nomination. Les développements qui précèdent ont montré que la violation des règles de procédure conduit parfois à l'incompétence¹⁸⁴⁵. Deux questions méritent cependant l'attention : l'articulation des règles de consultation (1) et le parallélisme des procédures (2). Ces deux interrogations peuvent utilement être abordées à partir de l'étude de la loi du 3 mars 2009 *relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* et de la décision du Conseil constitutionnel y relative.

¹⁸⁴² Décret du 8 janvier 1959 *portant nomination des membres du Gouvernement*, JORF du 9 janvier 1959, p. 612. Pierre CHATENET deviendra lui-même membre du Conseil constitutionnel en 1968.

¹⁸⁴³ Comme l'indique l'article 2 de l'ordonnance organique relative au Conseil constitutionnel : « Le premier Conseil constitutionnel comprend trois membres désignés pour trois ans, trois membres désignés pour six ans et trois membres désignés pour neuf ans. Le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat désignent chacun un membre de chaque série ». L'application de cette disposition explique que Victor CHATENAY ait été nommé pour trois ans.

¹⁸⁴⁴ L'histoire est souvent relatée. Voir par exemple F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN *et alii* (dir.), *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁴⁵ Voir *supra*, p. 349 et s. et CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, préc.

1. L'articulation des règles de consultation

328. Quoique les lois organique et ordinaire du 15 novembre 2013 soient revenues sur les conditions de nomination des présidents des sociétés de l'audiovisuel public¹⁸⁴⁶, le dispositif qui régna en ce domaine entre 2009 et 2013 présente un intérêt majeur s'agissant des deux questions susmentionnées. La loi du 3 mars 2009 *relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* mit fin au système permettant au Conseil supérieur de l'audiovisuel de nommer les présidents des sociétés de l'audiovisuel public. L'article 13 de cette loi établissait que « les présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France sont nommés par décret pour cinq ans après avis conforme du Conseil supérieur de l'audiovisuel et après avis des commissions parlementaires compétentes conformément à la loi organique n°2009-257 du 5 mars 2009 *relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*¹⁸⁴⁷ ». Cette disposition fut jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009¹⁸⁴⁸.

329. Avant tout, il est à noter que seul l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel est explicitement présenté comme un avis conforme. Ni le législateur ni le Conseil constitutionnel ne confèrent l'épithète à l'avis que prononcent les parlementaires au titre de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Il s'agit, à notre sens, d'une erreur¹⁸⁴⁹ qui consolide la critique qu'il est possible d'adresser à la décision du haut Conseil. Or, la première difficulté de la procédure de nomination établie en 2009 réside dans l'articulation entre l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'avis des commissions permanentes compétentes et la signature par le président de la République des décrets de nomination. De prime abord, la chronologie de la procédure à suivre ne semble guère sujette à discussion. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel émettait un avis qui, s'il était conforme, était transmis aux commissions permanentes compétentes, lesquelles émettaient à leur tour un avis. Le président de la République devait alors procéder à la nomination. Comment s'articulent les deux avis

¹⁸⁴⁶ Loi organique n°2013-1026 du 15 novembre 2013 *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public* et loi n°2013-1028 du 15 novembre 2013 *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*.

¹⁸⁴⁷ Cette rédaction était insérée à l'article 47-4 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*.

¹⁸⁴⁸ Cons. const., décis. n°2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, *JORF* du 7 mars 2009, p. 4336, *Rec.* p. 64, cons. 9.

¹⁸⁴⁹ Voir notre position *infra* p. 489 et s.

conformes émis successivement ? Une telle question est susceptible de se poser dans bien des situations où les divers modes de participation déjà identifiés ont vocation à se cumuler. La difficulté réside précisément dans le cumul des procédures contraignantes. Les parlementaires ayant saisi le Conseil constitutionnel invoquèrent un argument séduisant d'efficacité. Soit, avancèrent-ils, l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel n'était pas un avis conforme ; dans ce cas alors, « [c'était] un recul grave au regard du principe de pluralisme et de la liberté de communication tels que garantis par la Constitution et la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 ». Dans cette première hypothèse, la censure était inévitable selon eux. Soit, ajoutèrent-ils encore, l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel était bel et bien conforme mais alors il violait l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, car il n'appartient « qu'à la Commission permanente compétente des assemblées parlementaires de se prononcer par un avis sur les emplois déterminés par une loi organique »¹⁸⁵⁰. Pour eux, l'avis parlementaire était exclusif de toute autre forme de participation. Cette dernière proposition de l'argumentaire ne fut pas retenue et était assez peu convaincante : une garantie constitutionnelle n'interdit pas que lui soit adossée une garantie légale.

330. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel pouvait effectivement faire échec à la suggestion qui lui était faite. Telle est bien la signification habituellement donnée à la procédure d'avis conforme et que retint le Conseil constitutionnel en sa décision : « ces nominations ne peuvent être décidées sans l'accord de cette autorité administrative indépendante¹⁸⁵¹ ». Ainsi, la violation alléguée de l'indépendance est-elle écartée. En cas d'avis négatif, le processus de désignation devait être initié à nouveau. En cas d'avis positif, le projet de nomination était adressé aux commissions permanentes de chaque assemblée. Les parlementaires pouvaient ensuite eux-mêmes s'opposer à la nomination qu'aurait validée le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Contrairement à l'argumentaire que les saisissants déployèrent, le Conseil constitutionnel décida que « le recours à la procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution n'interdisait pas au législateur de fixer ou d'ajouter, dans le respect de la Constitution et notamment du principe de la séparation des pouvoirs, des règles encadrant le pouvoir de nomination du président de la République afin de garantir l'indépendance de ces sociétés et de concourir ainsi à la mise en œuvre de la liberté de communication ». Par ces mots, le Conseil constitutionnel disqualifia l'argumentaire des saisissants. Mais, dans le

¹⁸⁵⁰ L'argument est développé tant dans la saisine des 60 députés que dans celle des 60 sénateurs. Voir le site internet du Conseil constitutionnel.

¹⁸⁵¹ Cons. const., décis. n°2009-577 DC du 3 mars 2009, préc., cons. 8 (nous soulignons).

même temps, il ne semble tenir l'avis des parlementaires ni pour un gage d'indépendance¹⁸⁵² ni pour un avis conforme érigeant le Parlement, dont les commissions sont des organes, en coauteur de ces nominations¹⁸⁵³.

Ce dernier constat oblige à s'interroger sur le raisonnement aboutissant à la censure de la procédure de révocation.

2. Le parallélisme des compétences, des formes et procédures

331. Le législateur avait établi que « le mandat des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France peut leur être retiré par décret motivé, après avis conforme, également motivé, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, émis à la majorité des membres le composant, et avis public des commissions parlementaires compétentes dans les mêmes conditions que celles prévues par la loi organique [...] *relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France* ». Cette disposition fut censurée au motif qu'elle serait contraire non seulement à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, mais encore au principe de séparation des pouvoirs¹⁸⁵⁴.

332. Si la décision est sujette à caution s'agissant de l'usage qui y est fait du principe libéral de séparation des pouvoirs¹⁸⁵⁵, elle renseigne également sur le parallélisme des procédures et confirme l'importance de distinguer parmi les règles de procédure celles qui emportent des conséquences sur la compétence des organes de décision et celles qui relèvent de la simple consultation.

La majorité des auteurs admet que, contrairement au parallélisme des compétences, le parallélisme des procédures et/ou des formes ne peut être considéré comme un principe. Dans

¹⁸⁵² Quant aux rapports qu'entretiennent, ou n'entretiennent pas, l'indépendance et la procédure de l'article 13 al. 5 de la Constitution, voir *infra* p. 553 et s.

¹⁸⁵³ Pour des raisons qui seront expliquées dans le dernier titre de la thèse, il nous semble préférable d'admettre que les commissaires sont coauteurs des nominations et non le Parlement.

¹⁸⁵⁴ Cons. const., décis. n°2009-577 DC du 3 mars 2009, préc., cons. 13.

¹⁸⁵⁵ Pour deux commentaires critiques de la décision sur cette question, voir en particulier A. ROBLLOT-TROIZIER, « Commentaire sous CC, n°2009-577 DC, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* », in M. VERPEAUX et alii., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 121 et s. et P. WACHSMANN, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, 2009, p. 617.

ses conclusions sous l'arrêt *Fourré-Cormeray* de 1959 et que le Conseil d'État suivit, le commissaire du Gouvernement HEUMANN défendit ainsi l'idée selon laquelle « si la formalité¹⁸⁵⁶ n'est d'aucune utilité, si même elle perd son sens quand il s'agit de prendre l'acte contraire, la théorie du parallélisme est à écarter ». À l'inverse, le parallélisme des compétences¹⁸⁵⁷, en vertu duquel l'autorité habilitée à édicter un acte positif est seule habilitée à édicter l'acte contraire, « trouve sa justification dans le respect de la délimitation des compétences¹⁸⁵⁸ ». Et le commissaire d'ajouter que :

Celles-ci [*les compétences*] ayant un caractère d'ordre public, le parallélisme présente un caractère obligatoire et absolu qui s'étend même à certaines formalités indissociables de la compétence (par exemple : la participation [...] du Conseil des ministres pour les décrets [...] en Conseil des ministres)¹⁸⁵⁹.

Les conséquences très différentes attachées au parallélisme des formes ou procédures et au parallélisme des compétences sont un argument de plus pour justifier la nécessité de faire clairement le départ, au sein des règles de procédure, entre celles qui érigent le participant en coauteur de l'acte et celles qui n'ont pas cet effet. Lorsqu'une règle de procédure modifie la répartition des compétences pour prendre une décision positive, alors l'acte contraire devrait suivre la même procédure, non au titre du parallélisme des procédures mais bien au nom du parallélisme des compétences. C'est ce qui explique que le juge considère que lorsqu'un avis conforme est requis pour l'édiction d'un acte, l'avis conforme est également requis pour son retrait ou son abrogation¹⁸⁶⁰.

333. Dans la décision étudiée, le Conseil constitutionnel admit la conformité de la disposition législative exigeant l'avis conforme du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la révocation des présidents des sociétés à la nomination desquels il participe. Le haut Conseil

¹⁸⁵⁶ Avec le requérant, le commissaire vise en l'espèce le parallélisme des formes, mais la question qui l'occupe tient en réalité au parallélisme des procédures. Il s'agissait de savoir si la consultation du conseil paritaire devait précéder la révocation du directeur général du Centre national de la cinématographie (concl. de M. HEUMANN, *D.*, p. 210 sur CE, 10 avril 1959, *Fourré-Cormeray*, *Rec.* p. 233). En dépit de la distinction des règles de forme et de procédure que nous avons adoptée, il est vrai que la question du parallélisme se pose globalement dans les mêmes termes dans ces deux cas.

¹⁸⁵⁷ Pour une étude de ce principe et de ses atténuations, voir B. GENEVOIS, « Un faux ami : le principe du parallélisme des compétences », art. cité, p. 405-423.

¹⁸⁵⁸ Concl. de M. HEUMANN sur CE, 10 avril 1959, *Fourré-Cormeray*, préc., p. 210.

¹⁸⁵⁹ *Loc. cit.*

¹⁸⁶⁰ CE Sect., 16 juin 1944, *Boujasson*, *Rec.* p. 173. Un arrêt préfectoral édicté après avis conforme du conseil général (s'agissant de la réglementation des distances auxquelles les débits de boissons ne pourront être établis autour des lieux de culte) ne peut être modifié que suivant la même procédure. Au lieu d'y voir une incompétence, comme il le juge dans d'autres arrêts, le Conseil d'État conclut en l'espèce à la « violation des formes substantielles ».

jugé qu'une telle mesure contribuait à « assurer l'indépendance des sociétés nationales de programme ». En revanche, il considéra que le législateur ne pouvait autoriser les commissions permanentes compétentes à « exercer un droit de veto » sur la décision de révocation ; tout au plus aurait-il pu prévoir un avis public, qui aurait alors été un avis obligatoire mais non conforme¹⁸⁶¹. Le raisonnement qui conduisit le Conseil constitutionnel à prononcer la censure ne peut convaincre tant il semble contradictoire. D'abord, le Conseil semble implicitement admettre, lorsqu'il examine les conditions de nomination, que l'avis émis par la représentation nationale n'est pas un avis conforme. Il l'analyse pourtant comme un « droit de veto » lorsqu'il examine les règles de révocation. Or, de deux choses l'une, soit il s'agit d'un avis simple, mais dans ce cas il ne peut nullement heurter le principe de séparation des pouvoirs et rien n'interdisait que les parlementaires se prononçassent sur la révocation ; soit il s'agit d'un avis conforme et, dans ce cas, il sert la séparation des pouvoirs et appelle le parallélisme des compétences. Effectivement, d'une part, s'il s'agit d'un avis conforme tout comme l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, il contribue à garantir l'indépendance des dirigeants des sociétés publiques de programme et, ce faisant, il permet d'œuvrer à la séparation des pouvoirs. D'autre part encore, s'il s'agit d'un avis conforme, il oblige à tenir les commissions permanentes compétentes pour coauteurs des décrets de nomination et le principe de parallélisme des compétences pouvait pleinement opérer. Par conséquent, quelle que soit l'analyse qui est faite de l'avis parlementaire, le Conseil constitutionnel aurait dû admettre qu'il opère également pour les révocations.

L'existence de règles de forme et de procédure confirme, par l'importance de ses conséquences, la première analyse conduite s'agissant de la pluralité des acteurs contribuant à l'édition d'un acte de nomination. Outre ces exigences, les décrets et décisions de nomination doivent aussi répondre à des conditions de fond.

¹⁸⁶¹ Les deux extraits sont tirés du considérant 13 de la décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009, préc.

SECTION 2. DES RÈGLES LIMITANT LE POUVOIR DE DÉSIGNATION

334. Les conditions de fond que doivent respecter les autorités administratives édictant les nominations correspondent aux « règles [qui] déterminent quelles personnes l'acte de nomination peut avoir pour sujets¹⁸⁶² ». Deux cas limites permettent de caractériser précisément le pouvoir habilité¹⁸⁶³ bénéficiant au président de la République à raison de sa compétence de nomination : le pouvoir de nomination arbitraire et la compétence liée. Au premier, nulle règle ne s'oppose ; il s'agit d'un pouvoir de désignation absolu. Pour la seconde, la liberté n'est plus ; il s'agit d'un simple entérinement. Entre les deux, une échelle de discrétion opère qui n'a pas pour effet de soustraire l'édition des actes de nomination à toutes conditions de fond.

335. De ce qui précède, il semble qu'il faille admettre que le président de la République dispose d'une compétence de nomination réelle et discrétionnaire, quoique conditionnée, dans deux cas : pour la nomination du Premier ministre et pour la nomination des membres du Conseil constitutionnel. Pour toutes les autres nominations soumises à sa signature, le chef de l'État a principalement une compétence de nomination liée, et ce, pour deux raisons. D'une part, parce qu'il n'est pas libre d'exercer sa compétence ou non et, d'autre part, parce qu'il est tenu de l'exercer dans le sens déterminé par les désignations qui n'attendent que sa signature pour prendre la forme d'un acte de nomination. Selon la typologie de Lino DI QUAL, il semble qu'il s'agisse d'un « cas extrême » de compétence liée, c'est-à-dire d'une situation « où [le président de la République] n'a pratiquement plus de "compétence", où [il] ne fait qu'enregistrer ce que d'autres agents ont fait, où [il] n'a aucune initiative¹⁸⁶⁴ ». Néanmoins, il a aussi été démontré que souvent, en fait, le caractère lié de l'exercice de la compétence présidentielle s'évanouit. Par son pouvoir de nomination, le président de la République peut s'appropriier l'exercice du pouvoir de désignation incombant aux coauteurs des nominations¹⁸⁶⁵. À supposer alors que survive, en fait, au bénéfice du chef de l'État, une

¹⁸⁶² C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 502.

¹⁸⁶³ Nous l'avons défini *supra* comme le pouvoir à l'œuvre dans l'exercice d'une compétence.

¹⁸⁶⁴ L. DI QUAL, *La Compétence liée*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁸⁶⁵ Lors de l'entretien qu'il nous a accordé, Renaud DENOIX DE SAINT MARC eut cette phrase assez significative : « Mais pour ce qui concerne les recteurs, les préfets, les directeurs d'administration centrale et certaines nominations au tour extérieur dans les grands corps, ça pouvait attirer l'attention du président de la République *parce que* c'était des décisions assez largement discrétionnaires » (annexe 2, p. 585).

compétence de nomination discrétionnaire que n'entamerait pas la pluralité des participants à la procédure, il n'en demeure pas moins que des conditions, aussi minimales soient-elles, encadrent la désignation. Ceci est vrai pour la grande majorité des nominations, car le pouvoir discrétionnaire désigne cette modalité d'exercice de la compétence qui laisse à une autorité habilitée le soin de prendre un acte en choisissant entre plusieurs contenus tous également légaux¹⁸⁶⁶. Le pouvoir discrétionnaire s'inscrit dans la légalité (§2). Cette liberté légalement encadrée s'oppose à l'arbitraire qui échappe à la légalité. Avant de l'étudier, il faut remarquer que demeure un pouvoir de nomination arbitraire au bénéfice du président de la République (§1).

§1. Le contrôle tenu du pouvoir de nomination arbitraire

Il est possible d'identifier un pouvoir de nomination présidentiel arbitraire dans deux situations. Un tel pouvoir peut résulter d'un exercice absolument libre du choix en matière de nomination. Il s'agit du pouvoir de nomination exercé en période exceptionnelle de recours à l'article 16 (A). Plus radicalement encore, le pouvoir de nomination arbitraire peut être absolument libre quant à son exercice mais encore ne trouver aucune norme d'habilitation susceptible de fonder sa validité ; tel est le pouvoir de nomination de ses conseillers par le président de la République (B).

A. Les nominations sous l'empire de l'article 16 de la Constitution

336. L'article 16 de la Constitution de la Cinquième République tente d'organiser les « pouvoirs exceptionnels¹⁸⁶⁷ », « pleins pouvoirs¹⁸⁶⁸ » ou « pouvoirs de crise¹⁸⁶⁹ » confiés au président de la République, « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont

¹⁸⁶⁶ Dans le même sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1056.

¹⁸⁶⁷ O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 726.

¹⁸⁶⁸ M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, op. cit., p. 289 et s.

¹⁸⁶⁹ M. VOISSET, *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., p. 3 notam.

menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu¹⁸⁷⁰ ». Par définition, l'état d'exception échappe au droit et d'une certaine manière fait place à l'arbitraire. Certes, une disposition constitutionnelle, l'article 16, habilite le président de la République à prendre « les mesures exigées par ces circonstances [lesquelles] doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission ». Certes, cette disposition prévoit des consultations – qui ne lient pas le président de la République – et confie au Conseil constitutionnel le soin de s'assurer que les conditions de recours à ces pouvoirs d'exception sont effectivement réunies. Mais il demeure possible d'appréhender l'article 16 de la Constitution comme la constitutionnalisation d'un pouvoir arbitraire, parce que l'article lui-même prévoit le commencement et non le terme de cette situation et parce qu'il autorise une concentration des pouvoirs caractéristique du despotisme¹⁸⁷¹. Au reste, le recours à cet article n'est pas absolument inenvisageable ; telle est du moins l'hypothèse qui justifia sa modification en 2008¹⁸⁷². Compte tenu de la rédaction de l'article 16, le président de la République pourrait déployer sur ce fondement des mesures lui permettant d'exercer un pouvoir de nomination sans borne dans une telle situation.

337. Il est effectivement possible de considérer que les nominations se présentent comme le moyen par excellence de permettre aux « pouvoirs publics » « d'accomplir leur mission ». Eu égard à l'indétermination des termes de l'habilitation, la compétence de nomination du président de la République encadrée par la pluralité des participants et enserrée dans des règles de forme, de procédure et de fond pourrait se muer en pouvoir personnel dégagé de toute contrainte. Le seul recours à l'article 16 de la Constitution que le régime de la Cinquième République ait connu a d'ailleurs confirmé le lien entre ces pouvoirs exceptionnels et les questions d'emplois publics.

¹⁸⁷⁰ Tels sont les termes de l'article 16 de la Constitution de la Cinquième République.

¹⁸⁷¹ Rappelons que pour MONTESQUIEU, le Gouvernement despotique est celui où « un seul, sans loi et sans règles, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 9).

¹⁸⁷² L'article 5 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ajouté un alinéa à l'article 16 aux termes duquel : « Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ». Selon les auteurs du rapport BALLADUR, « la diversité des menaces potentielles qui pèsent sur la sécurité nationale à l'ère du terrorisme mondialisé justifie le maintien de dispositions d'exception » (COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 20). À ce sujet, voir F. SAINT-BONNET, « Le bien, le mieux et l'ennemi du bien », *LPA*, 19 décembre 2008, n°254, p. 24 et s.

Les faits sont bien connus. Le vendredi 21 avril 1961 eut lieu à Alger le « putsch des généraux ». Par une décision datée du 23 avril 1961 et parue au *Journal officiel* le 24¹⁸⁷³, le président de la République « [fit] application de l'article 16 de la Constitution ». Conformément à cette disposition constitutionnelle, le Parlement se réunit de plein droit, dès le 25 avril. Cette période d'exception perdura jusqu'à la décision présidentielle du 29 septembre 1961¹⁸⁷⁴ et certaines décisions furent maintenues en vigueur jusqu'au 15 juillet 1962¹⁸⁷⁵. Comme l'annonça le Premier ministre, Michel DEBRÉ, aux parlementaires à l'ouverture de la session de droit, la première décision qu'adopta le Gouvernement dès le 22 avril fut de nommer le général OLIÉ en tant que commandant en chef des forces armées en Algérie¹⁸⁷⁶. L'étude des mesures adoptées pendant cette période et la lecture du *Journal officiel* et des débats de la « session de droit » de chaque chambre attestent l'insigne enjeu des nominations et révocations sous l'empire de l'article 16 de la Constitution¹⁸⁷⁷. Parmi les dix-

¹⁸⁷³ Décis. du président de la République du 23 avril 1961, *JORF* du 24 avril 1961, p. 3874.

¹⁸⁷⁴ Décis. du président de la République du 29 septembre 1961 *mettant fin à l'application de l'article 16*, *JORF* du 30 septembre 1961, p. 8963.

Nombreux sont les auteurs qui critiquèrent la durée d'application de l'article 16, voir par ex : M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, notam. p. 485 ; O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 561 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 434 ; M. MORABITO, *Le Chef de l'État en France*, *op. cit.*, p. 132-133 ou encore H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 254-255.

Pour une position contraire, voir M. VOISSET, *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 197-198.

¹⁸⁷⁵ L'article 1^{er} de la décision du 29 septembre 1961 *relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution* énonçait : « Sous réserve de ce qui pourrait être décidé par la loi, demeureront en vigueur jusqu'au 15 juillet 1962 :

L'état d'urgence déclaré et mis en application par les décrets du 22 avril 1961 ;

La décision du 24 avril 1961 relative à la garde à vue [Cette décision avait pour objet d'étendre la durée des gardes à vue de cinq jours à quinze jours] ;

La décision du 24 avril 1961 étendant l'application de l'ordonnance n°58-916 du 7 octobre 1958 [Cette ordonnance rendait possible l'internement administratif de toute personne « apportant une aide matérielle directe ou indirecte aux rebelles des départements algériens ». La décision citée du 29 septembre 1961 étend cette mesure à « toute personne qui par quelque moyen que ce soit, participe à une entreprise de subversion dirigée contre les autorités et les lois de la Républiques, ou encourage cette subversion ».] ;

La décision du 27 avril 1961 relative à certains écrits (cahiers, feuilles ou lettres de renseignement) [Elle établissait des limites à la liberté de la presse permettant l'interdiction de certains écrits et la saisie de journaux] ;

La décision du 4 mai 1961 concernant la procédure pénale en ce qui concerne ses articles 3, 5 et 6 [Cette décision suspendait certaines garanties en matière de procédure pénale] ».

Pour des développements sur les quatre première mesures citées (état d'urgence, garde à vue, internement et liberté de la presse), voir M. VOISSET, *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 149 et s.

Pour plus d'informations sur la dernière décision citée (procédure pénale), voir M. VOISSET, *ibid.*, p. 160 et s.

¹⁸⁷⁶ Voir le discours de Michel DEBRÉ *in JORF* du 26 avril 1961, n°9, AN (C.R.), première séance du 25 avril 1961, p. 4427. Ce discours fut également présenté aux sénateurs par le ministre Louis JACQUINOT : *JORF* du 26 avril 1961, n°4, S (C.R.), première séance du 25 avril 1961, p. 89 et s.

¹⁸⁷⁷ Voir M. DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 3 *Gouverner*, Albin Michel, 1988, p. 285 et s.

huit décisions adoptées en vertu de cet article à partir du 24 avril 1961, huit – soit près de la moitié – concernèrent la fonction publique¹⁸⁷⁸.

Sept de ces décisions permirent des mesures de révocation sans garanties procédurales, ou presque. Il en est ainsi, par exemple, de la décision du 24 avril 1961 *relative aux sanctions disciplinaires à l'encontre des fonctionnaires publics ou militaires participant à une entreprise de subversion*¹⁸⁷⁹ qui concernait l'ensemble des fonctionnaires, civils et militaires¹⁸⁸⁰, et autorisait la révocation ou la destitution¹⁸⁸¹ de tout agent « qui participe à une entreprise de subversion dirigée contre les autorités ou les lois de la République ou qui encourage ou facilite cette entreprise ». Il était prévu que ces mesures fussent adoptées par décret, après que le fonctionnaire concerné « a été mis en demeure de présenter ses observations ». Il s'agissait de la seule formalité établie pour prononcer la révocation¹⁸⁸². Celle-ci fut toutefois « supprimée à l'égard de tout fonctionnaire public ou de tout militaire qui, sans droit, prend ou conserve un commandement civil ou militaire et se rebelle contre les autorités ou les lois de la République ». Cette mesure qui suspendit les garanties accordées aux personnels civils et militaires en matière disciplinaire fut appliquée immédiatement¹⁸⁸³, par le décret du même jour, à l'encontre des militaires putschistes¹⁸⁸⁴. Par ailleurs, par la décision du 25 avril 1961, les fonctionnaires civils et militaires destitués ou révoqués en vertu de la décision du 24 avril précitée perdirent leur droit à pension, leur grade et tous les

¹⁸⁷⁸ V. SILVERA, « La vie de la présidence et des ministères du 16 octobre au 15 décembre 1961. Les mesures d'application de l'article 16 de la Constitution dans le domaine de la fonction publique », *Rev. adm.*, n°84, 1961, p. 639-643.

¹⁸⁷⁹ *JORF* du 24 avril 1961, p. 3876.

¹⁸⁸⁰ Michèle VOISSET fait ainsi remarquer que cette décision touchait à la fois l'armée active (militaires de la première section) et l'armée de réserve (militaires de la seconde section) (M. VOISSET, *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 177). M. SILVERA indique, quant à lui, que cette mesure ne concernait pas seulement les fonctionnaires civils soumis au statut mais qu'elle s'appliquait également aux magistrats (V. SILVERA, « La vie de la présidence (...). Les mesures d'application de l'article 16 de la Constitution dans le domaine de la fonction publique », art. cité, p. 640).

¹⁸⁸¹ La destitution constitue une peine que seuls les tribunaux peuvent normalement prononcer et qui entraîne la perte du grade (P. COUTANT, « La vie de la présidence et des ministères du 16 octobre au 15 décembre 1961. Statuts des militaires et article 16 », *Rev. adm.*, n°82, 1961, p. 411).

¹⁸⁸² Dans un arrêt remarqué du 23 octobre 1964, *d'Oriano*, le Conseil d'État jugea néanmoins qu'en novembre 1961, les circonstances ne justifiaient plus la radiation du fonctionnaire sans garanties préalables (voir CE, 23 octobre 1964, *d'Oriano*, *Rec.* p. 486 et *RDP*, 1965, p. 282 et s.)

¹⁸⁸³ Sur la légalité de cette application immédiate, voir V. SILVERA, « La vie de la présidence (...). Les mesures d'application de l'article 16 de la Constitution dans le domaine de la fonction publique », art. cité, p. 640.

¹⁸⁸⁴ Les généraux d'armée aérienne CHALLE et JOUHAUD, les généraux d'armée SALAN et ZELLER, les généraux de brigade GARDY et PETIT, les colonels d'infanterie GODARD, BROIZAT et GARDES et le colonel de l'armée blindée et de cavalerie ARGOUT furent destitués dès le 24 avril par décret du président de la République contresigné par le Premier ministre, DEBRÉ, et le ministre des Armées, MESSMER (*JORF* du 24 avril 1961, p. 3877).

avantages y afférant¹⁸⁸⁵. D'autres décisions applicables exclusivement aux militaires, personnels de police et magistrats facilitèrent les conditions de sanction à l'égard de ces agents¹⁸⁸⁶.

338. Face à cette épuration massive, le président de la République prit parallèlement la décision de faciliter la nomination de nouveaux gradés dans les différents corps d'armée. Dès le mercredi 3 mai, au sortir du Conseil des ministres, le ministre chargé de la Défense, Pierre MESSMER, affirma que « l'armée mérite des chefs dont le caractère soit à la hauteur du loyalisme de la masse et c'est pourquoi des nominations et des mutations seront décidées ces jours prochains¹⁸⁸⁷ ». Ainsi, la décision du 7 juin 1961 *portant dérogation aux règles relatives à l'avancement dans les armées*¹⁸⁸⁸ établit que « les généraux de brigade, les généraux de brigade aérienne et les contre-amiraux peuvent être promus à titre définitif au grade supérieur lorsqu'ils comptent la moitié de l'ancienneté de grade fixée par la législation en vigueur ». Les révocations intervenues dans le haut commandement militaire donnèrent ainsi lieu à des promotions accélérées et dérogatoires au droit commun à partir de cette date¹⁸⁸⁹.

339. Les nominations sous l'empire de l'article 16 de la Constitution peuvent être présentées comme des nominations arbitraires : une fois adoptée la décision de recourir à l'article 16, nulle règle ne pèse sur le président de la République. Certes, des formes ont en fait été respectées et le juge administratif a annulé certains des décrets adoptés sur le fondement des huit décisions présidentielles étudiées¹⁸⁹⁰, mais aucune norme ne prévoyait de telles garanties. Nulle norme n'en prévoit davantage aujourd'hui. Ce pouvoir de nomination peut néanmoins

¹⁸⁸⁵ Décision du 25 avril 1961 *relative à la situation des fonctionnaires publics et des militaires révoqués ou destitués en exécution de la décision du 24 avril 1961*, *JORF* du 24 avril 1961, p. 3907.

¹⁸⁸⁶ Décision du 26 avril 1961 *relative aux affectations de magistrats en fonction dans les départements algériens*, *JORF* du 27 avril 1961, p. 3930. Décision du 7 juin 1961 *relative à la mise en congé spéciale et à la radiation des cadres des personnels militaires*, *JORF* du 8 juin 1961, p. 5194. Décision du 8 juin 1961 *relative à la mise en congé spéciale et à la radiation des cadres des fonctionnaires de police*, *JORF* du 9 juin 1961, p. 5227. Décision du 17 juin 1961 *concernant les magistrats en fonction dans les départements algériens*, *JORF* du 18 juin 1961, p. 5483. Décision du 9 septembre 1961, *JORF* du 9 septembre 1961, p. 8410.

La première de ces décisions suspendit le principe d'immovibilité des magistrats notamment pour permettre des sanctions. Contrairement à ce qu'écrivit M. VOISSET, nous pensons qu'il s'agit bien d'une mesure qui suspend une garantie de valeur constitutionnelle (voir M. VOISSET, *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 187-189).

¹⁸⁸⁷ Voir *Le Monde*, 3 mai 1961.

¹⁸⁸⁸ *JORF* du 8 juin 1961, p. 5195.

¹⁸⁸⁹ J. PLANCHAIS, « Promotion accélérée de jeunes officiers généraux », *Le Monde*, 9 juin 1961.

¹⁸⁹⁰ Outre l'arrêt CE, 23 octobre 1964, *d'Oriano* précité (*Rec.* p. 486) et outre la fameuse jurisprudence CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens* (*Rec.* p. 143), voir les arrêts que recense Michèle VOISSET dans sa thèse et qu'elle a répertoriés sous forme de tableau : *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 416-417.

être rattaché à une habilitation constitutionnelle ; il n'en va pas de même du pouvoir dont dispose le président de la République pour nommer ses conseillers.

B. Les nominations de l'entourage présidentiel

340. La thèse du professeur VERPEAUX aura révélé l'existence d'un pouvoir réglementaire « clandestin¹⁸⁹¹ » ; il existe également un pouvoir de nomination clandestin qui échappe pleinement au droit positif et emporte pourtant des conséquences considérables. Il s'agit des nominations de ses conseillers par le président de la République¹⁸⁹². Effectivement, en vain cherchera-t-on la norme habilitant le président de la République à se constituer un entourage¹⁸⁹³. Le personnel de l'Élysée, qui compterait environ mille personnes¹⁸⁹⁴, comprend non seulement les agents nécessaires à la vie quotidienne et administrative du Palais (agents de sécurité, services du courrier, cuisines, chauffeurs, etc.) mais encore l'entourage direct du président de la République, ceux que Samy COHEN désigna sous le syntagme « les hommes de l'Élysée¹⁸⁹⁵ ». Ceux-ci sont nommés par arrêté présidentiel, sans contreseing. L'article 19 du texte constitutionnel dispose que « les *actes* du président de la République sont contresignés » sous réserve de certaines exceptions. La généralité du terme « acte » peut, certes, autoriser à penser que le président de la République n'agit pas seulement par décret ou décision mais encore par arrêté. Mais eu égard à la rédaction de l'article 19, ces derniers devraient être contresignés par le Premier ministre. Le Conseil d'État n'en a pourtant pas jugé

¹⁸⁹¹ M. VERPEAUX, *La Naissance du pouvoir réglementaire*, op. cit., p. 18.

¹⁸⁹² Il est aussi possible de déceler un tel pouvoir clandestin dans les nominations de parlementaires en mission ou de membres de comité *ad hoc* ayant parfois un rôle considérable, tels les comités de réflexion pour la révision de la Constitution. Ils ont déjà fait l'objet d'une étude spécifique, de sorte que nous n'y reviendrons pas dans la présente section (voir *infra*, p. 305 et s.). Pourraient également être mentionnées les nominations dont le choix émane du président de la République lors même que la compétence appartient à un autre organe. En ce sens, F. SALAT-BAROUX indique, s'agissant des nominations au Conseil constitutionnel, que le président de la République cherche parfois à imposer ses choix aux autres autorités de nomination que sont les Présidents des assemblées parlementaires (voir l'entretien reproduit *infra* p. 595 et s.).

¹⁸⁹³ Le professeur GOHIN y voit « une véritable coutume constitutionnelle constituante » (O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 689).

¹⁸⁹⁴ Ce chiffre est proposé par le député René DOSIÈRE dans le livre qu'il a tiré de ses investigations relatives au budget de l'Élysée : R. DOSIÈRE, *L'Argent caché de l'Élysée*, Seuil, 2007, p. 73. En 1981, selon le professeur RIALS, le personnel de l'Élysée s'élevait à cinq cents personnes (S. RIALS, *La Présidence de la République*, op. cit., p. 100).

¹⁸⁹⁵ S. COHEN, *Les Conseillers du Président. De Charles de Gaulle à Valéry Giscard d'Estaing*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1980, p. 10.

ainsi¹⁸⁹⁶, perpétuant sous la Cinquième République une pratique née sous le régime précédent¹⁸⁹⁷. Il s'agit d'un pouvoir non habilité que le droit ne peut expliquer : un pouvoir doublement arbitraire car aucune norme ne fonde l'habilitation présidentielle et, partant, « le Président jouit d'une totale liberté pour le choix de ses collaborateurs¹⁸⁹⁸ ».

Pour le professeur RIALS, l'entourage du président de la République est un des moyens d' « exercice de la suprématie présidentielle¹⁸⁹⁹ » ; il est aussi un révélateur de la fonction de l'Élysée dans le système politique de la Cinquième République¹⁹⁰⁰. L'importance prise par les collaborateurs du chef de l'État se perçoit à l'augmentation du nombre de conseillers et à l'organisation de plus en plus rationalisée et hiérarchisée de l'Élysée¹⁹⁰¹. En effet, d'une part, le nombre des conseillers a globalement cru tout au long de la Cinquième République¹⁹⁰², tout comme a cru le nombre du personnel affecté au Palais depuis 1958¹⁹⁰³. Par ce biais, le

¹⁸⁹⁶ CE, 5 mai 1976, *Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées USACA-CFDT*, Rec. p. 228.

¹⁸⁹⁷ Sur l'entourage présidentiel des Troisième et Quatrième Républiques, voir S. RIALS, *La Présidence de la République*, op. cit. : quant à la « légèreté de l'entourage présidentiel » sous la Troisième République, p. 45 sq. et sous la Quatrième République, p. 63 et s.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 102.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁹⁰⁰ En sus des entretiens retranscrits en annexe 2 de la thèse, voir F. FOUCAUD, « Le secrétaire général de l'Élysée : éclairage sur le présidentielisation du régime », *RDP*, 2010, p. 1027-1054.

¹⁹⁰¹ Tels sont les trois traits de l'évolution générale des cabinets présidentiels que met en exergue Gilles LE BÈGUEC : « Avant propos », *Histoire@Politique*, n°8, mai-août 2009.

¹⁹⁰² Par exemple, E. CHIARADIA, compte 71 personnes dans l'entourage gaullien (voir É. CHIARADIA, *L'Entourage du général de Gaulle (...)*, op. cit., p. 189) et, du même, de façon plus synthétique : « L'entourage du général de Gaulle à l'Élysée (8 janvier 1959-28 avril 1969) », *Histoire@Politique*, n°8, 2009, 15 p.) tandis que S. COHEN en dénombre entre 40 et 70 (cf. S. COHEN, *Les Conseillers du président (...)*, op. cit., p. 27 et p. 187).

Quant à l'entourage de Georges POMPIDOU, les chiffres varient également. S. COHEN dénombre 44 conseillers – il semble qu'il s'agisse des membres des maisons civile et militaire confondues –, tandis que d'autres auteurs en comptent une « trentaine » (en ce sens, S. TRICAUD et É. WILLAERT, « Les cabinets de Georges Pompidou à Matignon et à l'Élysée (1962-1974) », *Histoire@Politique*, n°8, 2009, 11 p.)

L'entourage de Valéry GISCARD D'ESTAING se serait élevé à 45 personnes selon S. COHEN, à 49 selon F. TRISTRAM (F. TRISTRAM, « Un instrument politique mal assumé ? L'entourage de Valéry Giscard d'Estaing à l'Élysée de 1974 à 1981 », *Histoire@Politique*, n°8, 2009.)

Celui de François MITTERRAND comptait, fin novembre 1981 : « 34 collaborateurs civils et 7 militaires. Ces effectifs ne comprennent pas les secrétaires particulières du Président. Ils ne comptent pas non plus les cinq collaborateurs employés à titre officieux » (S. COHEN, « Les hommes de l'Élysée », *Pouvoirs*, n°20, 1981, note n°3). Pour un témoignage sur (et de) l'entourage de François MITTERRAND, voir J. ATTALI, in *C'était François Mitterrand*, op. cit., p. 71 et s.

Les chiffres exacts demeurent difficiles à obtenir. Cela tient d'abord à la définition de l'entourage retenue par les auteurs. Certains incluent les membres de l'État-major, d'autres les excluent. D'autres auteurs encore, notant que certains employés plus subalternes ont pu jouer un rôle politique éminent, les retiennent dans leur décompte. Par exemple, dans l'entourage de Valéry GISCARD D'ESTAING, « Daniel Pouzadoux témoigne ainsi du rôle du chauffeur Gabriel Lavert, un des seuls à pouvoir parler spontanément au président de la République, et parfois utilisé par l'entourage "classique" pour faire passer un certain nombre de messages » (F. TRISTRAM, « Un instrument politique mal assumé ? (...) art. cité). La diversité des chiffres tient aussi aux changements qui affectent de façon régulière les équipes présidentielles.

¹⁹⁰³ Voir les chiffres fournis par R. DOSIÈRE au sujet du personnel de l'Élysée (sans distinction entre les

président de la République dispose à la fois d'un surcroît de moyens d'information et de plus amples réseaux de décision. Car, d'autre part, le nombre de conseillers est allé de pair avec une réorganisation de l'entourage présidentiel propre à chaque président et à leur stratégie respective.

341. En 1959, DE GAULLE s'entoura de « quatre grands » organismes qui structurèrent l'Élysée : le secrétariat général de la présidence de la République¹⁹⁰⁴, le cabinet¹⁹⁰⁵, le secrétariat général à la présidence de la République pour la Communauté et les Affaires africaines et malgaches¹⁹⁰⁶ et l'État-major particulier¹⁹⁰⁷. Arrivé à l'Élysée, le Président POMPIDOU créa le poste de « secrétaire général adjoint de la présidence de la République¹⁹⁰⁸ » et, en sus des chargés de mission auprès du secrétaire général de l'Élysée, intervenaient des chargés de mission auprès du président de la République¹⁹⁰⁹. De façon significative, le deuxième président de la Cinquième République institua un service dédié aux relations avec la presse¹⁹¹⁰. Surtout, il entendit fusionner le secrétariat général et le cabinet, les plaçant sous l'autorité du secrétaire général de l'Élysée, Michel JOBERT¹⁹¹¹. Mais, comme l'écrivent Sabrina TRICAUD et Émilie WILLAERT :

D'après les différents témoignages de ses membres, Georges Pompidou refusait l'usage du terme de « cabinet » à l'Élysée, qui renvoyait, dans son esprit, à l'entourage du Premier ministre. Cependant, l'organigramme du Secrétariat général comporte bien un « chef de cabinet » en la personne d'Anne-Marie Dupuy, puis de René Galy-Dejean¹⁹¹².

Cependant, selon ces auteurs, ce cabinet ne s'occupait que de l' « agenda présidentiel ». Cette fusion ne prit véritablement effet qu'à l'arrivée de Valéry GISCARD D'ESTAING à l'Élysée.

conseillers et les autres agents) : R. DOSIÈRE, *L'Argent caché de l'Élysée*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁹⁰⁴ Très hiérarchisé, il est dirigé par le secrétaire général de l'Élysée, qui est entouré de quatre conseillers techniques, eux-mêmes assistés de chargés de mission. Cette organisation « s'inspire de celle du cabinet de la présidence du Conseil de la IV^e République que de Gaulle a occupée de juin à décembre 1958 et où chacun des principaux ministères est suivi par un collaborateur » (S. COHEN, *Les Conseillers du président (...)*, *op. cit.*, p. 26).

¹⁹⁰⁵ Sous la double réserve émise *supra*, le cabinet de DE GAULLE, dirigé par un directeur de cabinet, compte entre 6 et 10 personnes (S. COHEN, *loc. cit.*).

¹⁹⁰⁶ Placé sous l'autorité de Jacques FOCCART, il compte 6 à 8 personnes, avec la même réserve énoncée à la note précédente (S. COHEN, *loc. cit.*).

¹⁹⁰⁷ L'État-major particulier comprend une dizaine d'officiers (S. COHEN, *ibid.*, p. 27).

¹⁹⁰⁸ Comme l'indique Samy COHEN, « au départ, la création de ce poste n'est pas dictée par des nécessités fonctionnelles » : il s'agissait de fournir un emploi au fidèle Édouard BALLADUR (*Les Conseillers du président (...)*, *ibid.*, p. 29).

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 30-31

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 28-29.

¹⁹¹¹ *Ibid.*, p. 27-28.

¹⁹¹² S. TRICAUD et É. WILLAERT, « Les cabinets de Georges Pompidou à Matignon et à l'Élysée (1962-1974) », art. cité.

Pour certains observateurs cette simplification « s'inscrit d'abord dans un processus de rationalisation administrative à laquelle le premier président de la République directement issu de la haute fonction publique est par nature attentif. Mais elle dénote également une volonté de simplifier les apparences du pouvoir et d'alléger ses conventions¹⁹¹³ ». Pour le reste, l'organigramme est hérité des deux premiers présidents de la Cinquième République. François MITTERRAND rétablit quant à lui l'essentiel de l'organisation choisie par DE GAULLE et POMPIDOU en restaurant la distinction entre le secrétariat général de la présidence et le cabinet. S'y ajouta cependant l'importante fonction de conseiller spécial et de « sherpa » dévolue à Jacques ATTALI, lequel était entouré de conseillers qui lui étaient propres. Au point que certains commentateurs purent évoquer le « pôle ATTALI » de l'Élysée¹⁹¹⁴. Jacques CHIRAC¹⁹¹⁵, Nicolas SARKOZY et François HOLLANDE maintinrent globalement la même structure : outre l'État-major particulier, se trouvent le secrétaire général de l'Élysée, le secrétaire général adjoint, le directeur de cabinet et son adjoint, le chef de cabinet, une cellule de presse et de communication, des chargés de mission, des conseillers techniques spécialisés en fonction des différents dossiers et les conseillers spéciaux directement placés auprès du président de la République.

342. La réorganisation de l'Élysée et le caractère arbitraire de ce pouvoir de nomination spécifique traduisent l'emprise croissante de la fonction présidentielle dans l'État ; les « conseillers du Prince » constituent un relais du pouvoir présidentiel.

Ils sont d'abord un moyen de communication : la constitution de son entourage « sert avant tout la publicité que le chef de l'État veut donner de lui-même¹⁹¹⁶ ». L'entourage fait donc office de relais médiatique : la publicité, quoique délivrée avec parcimonie, se veut porteuse d'un message politique. Les conseillers sont ensuite un relais politique au sein des institutions. Siégeant dans les comités interministériels, ils informent les ministres et l'administration de la position présidentielle sur les différents sujets abordés. Le plus souvent,

¹⁹¹³ F. TRISTRAM, « Un instrument politique mal assumé ? L'entourage de Valéry Giscard d'Estaing à l'Élysée de 1974 à 1981 », art. cité.

¹⁹¹⁴ G. SAUNIER, « La vie quotidienne à l'Élysée au temps de François Mitterrand », *Hypothèses*, 2001, n°4, p. 214. Voir aussi le témoignage que livre Jacques FOURNIER in *Itinéraire d'un fonctionnaire engagé*, Dalloz, 2008, p. 235 et s.

¹⁹¹⁵ Sur les deux mandats de J. CHIRAC, voir A. FULDA, « L'Élysée se réorganise en vue du quinquennat », *Le Figaro*, 24 mai 2002. Sur son installation à l'Élysée en 1995, voir G. BRESSON, « Un palais de style CHIRAC », *Libération*, 4 juillet 1995. Voir le témoignage que livre lui-même le Président CHIRAC in *Mémoires*, t. 2, *op. cit.*, p. 29 et s.

¹⁹¹⁶ S. COHEN, *Les Conseillers du président (...)*, *op. cit.*, p. 12.

jusqu'en 2007, ils œuvraient officieusement. La présidence de Nicolas SARKOZY a constitué une véritable rupture à cet égard¹⁹¹⁷ : certains des conseillers du sixième président de la Cinquième République prirent publiquement la parole, au besoin pour dédire le Premier ministre. François HOLLANDE réinstaura cependant la discrétion et avec elle aussi une certaine opacité. Enfin, les membres de l'entourage constituent un relais du pouvoir présidentiel au moment de leur reconversion. Dès 1976, les travaux de Pierre BIRNBAUM et Bertrand BADIE ont effectivement révélé l'importance des entourages de Matignon et de l'Élysée et leurs effets sur le renforcement du pouvoir présidentiel. Les hauts fonctionnaires et dirigeants politiques peuvent, par leur passage en cabinet, étendre leur « surface sociale¹⁹¹⁸ », ce qui d'un point de vue institutionnel entraîne d'une part une « forte emprise de l'État sur des secteurs économiques d'importance vitale et, d'autre part, [le] contrôle de divers mécanismes d'hégémonie culturelle¹⁹¹⁹ ». Le mouvement des conseillers, qu'il s'agisse du pantouflage¹⁹²⁰ ou des promotions dans le secteur public qui suivent le passage par l'Élysée, favorise indirectement les réseaux présidentiels¹⁹²¹. Bien des membres de l'entourage du président de

¹⁹¹⁷ Voir l'analyse qu'en propose Jean-Louis BIANCO dans l'entretien qu'il nous a accordé : annexe 2, p. 659 et s.

¹⁹¹⁸ P. BIRNBAUM et B. BADIE, « L'autonomie des institutions politico-administratives », *RF sc. pol.*, n°2, 1976, p. 287. Les auteurs semblent s'approprier la définition de la « surface sociale » définie in P. BOURDIEU, L. BOLTANSKI, M. DE SAINT-MARTIN, « Les stratégies de reconversion. Les classes sociales et le système d'enseignement », *Information sur les sciences sociales*, XII, 1973, p. 61-113 et L. BOLTANSKI, « L'espace positionnel : multiplicité des positions institutionnelles et habitus de classe », *Revue française de sociologie*, janvier-mars 1973, p. 3-26. BOLTANSKI la définit comme « la portion de l'espace social [qu'un individu] est en mesure de parcourir et de maîtriser en occupant successivement (bien qu'à un rythme souvent très rapide) les différentes positions sociales qu'il serait en droit d'occuper simultanément à la seule condition de posséder physiquement le don d'ubiquité qui lui est socialement conféré » (p. 9).

¹⁹¹⁹ P. BIRNBAUM et B. BADIE, « L'autonomie des institutions politico-administratives », art. cité, p. 300.

¹⁹²⁰ Ce « phénomène typiquement français » désigne le passage et parfois la reconversion des fonctionnaires – en particulier des grands corps – vers le secteur privé. Pour de bonnes sources bibliographiques et une analyse de l'évolution du pantouflage en France, voir Y.-M. DOUBLET, « Nominations au tour extérieur et “pantouflage” dans la haute fonction publique », *RFDA*, 1995, p. 716-729. Voir aussi D. CHAGNOLLAUD, « Du pantouflage ou “la descente du ciel” », *Pouvoirs*, n°80, 1997, p. 77-87. Voir aussi P. BIRNBAUM, *Les Sommets de l'État (...)*, op. cit., p. 87 et s. D'utiles éléments d'analyse et de comparaison peuvent être trouvés dans M. BAUER et B. BERTIN-MOUROT, « Le recrutement des élites économiques en France et en Allemagne », in E. SULEIMAN et H. MENDRAS (dir.), *Le Recrutement des élites en Europe*, op. cit., particulièrement p. 100 et s. (Ils ont également co-écrit un ouvrage intitulé *Les Énarques en entreprise de 1960 à 1990*, CNRS, 1994.)

¹⁹²¹ Sur l'avenir des conseillers de l'Élysée et de Matignon entre 1974 et 2012, voir L. ROUBAN, « L'État à l'épreuve du libéralisme : les entourages du pouvoir exécutif de 1974 à 2012 », *RF adm. pub.*, n°142, 2012, p. 487 et s. L'auteur montre que, à leur départ de l'Élysée, les conseillers bénéficient souvent d'une promotion professionnelle (mais l'appréciation de la promotion peut être rendue délicate en pratique notamment parce que plus le recrutement initial est élitaire, moins les promotions à la sortie de fonction seront manifestes), tandis que le quinquennat de Nicolas SARKOZY est marqué par le pantouflage massif des conseillers (p. 489). Voir aussi P. MATHIOT et F. SAWICKI, « Les membres des cabinets ministériels socialistes en France (1981-1993) : recrutement et reconversion. Partie 2. Passage en cabinet et trajectoires professionnelles », *RF sc. pol.*, vol. 49, n°2, 1999, p. 231-264.

la République devinrent ministres voire Premiers ministres, ce qui contribue à asseoir l'autorité présidentielle sur le Gouvernement¹⁹²².

Une tradition qui se veut séculaire laisse à l'entière discrétion du prince le soin de fixer leurs attributions. Tout peut varier du jour au lendemain selon la volonté du Président, suivant l'image qu'il veut donner de son septennat, selon l'idée qu'il se fait du système politique. Il n'existe en ce domaine, ni contrôle parlementaire, ni contreseing ministériel, ni pression de l'opinion¹⁹²³.

Ce constat établi par Samy COHEN en 1980 n'est plus que partiellement vérifiable aujourd'hui. L'« entière discrétion du prince » demeure quant aux attributions de ses conseillers, quant à l'organisation de l'Élysée et nul contreseing ministériel ne tempère en effet la volonté présidentielle¹⁹²⁴. En revanche, « pression de l'opinion » et « contrôle parlementaire » peuvent désormais peser sur le choix des conseillers.

343. L'« opinion » a peut-être davantage prise sur les décisions présidentielles en ce domaine, notamment parce qu'une forme de contrôle parlementaire et extra-parlementaire a pu se développer. Depuis 2008, à la suite d'une décision du président de la République lui-même, les comptes de l'Élysée sont soumis au contrôle de la Cour des comptes. Les informations délivrées aux parlementaires lors du vote du budget annuel¹⁹²⁵ sont, depuis lors, bien plus détaillées qu'auparavant et font apparaître, notamment, l'évolution des dépenses de personnel¹⁹²⁶. Néanmoins, la tradition selon laquelle les conseillers présidentiels sont, le plus souvent, rémunérés par leur administration d'origine demeure, ce qui fausse toujours partiellement les données de l'analyse. Il semble en revanche que, désormais, leur rémunération par des entreprises publiques n'ait plus cours¹⁹²⁷. Enfin, à la faveur des

¹⁹²² Les exemples sont trop nombreux et trop fameux pour être tous cités. Rappelons que Michel DEBRÉ comme Georges POMPIDOU, avant d'être nommés à Matignon, appartenaient aux premiers cercles de Charles DE GAULLE. P. BÉRÉGOVOY et É. CRESSON, conseillers de François MITTERRAND, devinrent Premiers ministres. Membres de l'entourage de MITTERRAND, J.-L. BIANCO, M. CHARASSE, R. DUMAS ou encore É. GUIGOU obtinrent pour leur part un ministère. Plus récemment, Emmanuel MACRON, secrétaire général adjoint de l'Élysée entre mai 2012 et juin 2014, fut nommé ministre de l'économie du Gouvernement VALLS, fin août 2014.

¹⁹²³ S. COHEN, *Les Conseillers du président (...)*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹²⁴ Les présidents MITTERRAND et CHIRAC n'hésitèrent pas à nommer des membres de leur famille. Ainsi Jean-Christophe MITTERRAND fut-il « conseiller à la présidence » pour les affaires africaines et malgaches entre 1986 (arrêté du 23 octobre 1986) et 1992 (arrêté du 3 juillet 1992). De même, Claude CHIRAC fut nommée conseillère communication par arrêté présidentiel dès le 19 mai 1995.

¹⁹²⁵ Dotation n°501 de la mission pouvoirs publics.

¹⁹²⁶ Voir en particulier le livre de R. DOSIÈRE précité : *L'Argent caché de l'Élysée*. Voir aussi le premier rapport parlementaire à ce sujet après la décision de 2008 : J. LAUNAY, *Rapport spécial n°32 (Pouvoirs publics) annexe au rapport de G. CARREZ, fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2009 (n°1127)*.

¹⁹²⁷ René DOSIÈRE cite Jean-Claude COLLIARD : « M. Giraudet, alors PDG d'Air France, m'a expliqué que,

initiatives du Président HOLLANDE consistant à prévenir les conflits d'intérêts, une charte de déontologie des collaborateurs du président de la République a été adoptée, après un avis favorable de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Ceux-ci sont incités à « se déporter » de certains dossiers ; ils peuvent requérir un entretien déontologique auprès de la HATVP chaque fois que cela leur semble nécessaire ; ils doivent enfin, et surtout, transmettre leur déclaration de situation patrimoniale et leur déclaration d'intérêts¹⁹²⁸ au directeur de cabinet du président de la République et au président de la HATVP. Par le passé, plusieurs parlementaires purent être nommés à l'Élysée sans qu'aucune mesure de prévention des conflits d'intérêts ni aucune règle déontologique ne s'imposent au président de la République ou à son conseiller. Michel CHARASSE, nommé au cabinet de François MITTERRAND, s'y maintint lorsqu'il fut élu sénateur du Puy de Dôme. En 1995, le Président CHIRAC s'entoura lui aussi « officieusement » de deux parlementaires¹⁹²⁹. Cela pose à nouveau la question des liens entre les parlementaires et le président de la République¹⁹³⁰.

344. En conclusion, quoique nulle norme n'habilite le président de la République à nommer des collaborateurs et bien qu'aucune norme ne limite le caractère absolument libre de ses choix, des contrôles commencent à se développer en cette matière qui pourront peut-être conduire à des évolutions plus radicales.

Un îlot de pouvoir arbitraire en matière de nomination demeure donc au bénéfice du président de la République : un pouvoir de nomination d'exception, celui de l'article 16 de la Constitution ; un pouvoir de nomination coutumier mais néanmoins clandestin : la nomination de son entourage. Pour le reste des nominations soumises à la signature présidentielle et au contreseing primo-ministériel, il a été démontré que le président de la République est juridiquement placé dans une situation de dépendance à l'égard des coauteurs qui interviennent tant sur l'*instrumentum* que sur le *negotium*. De ce point de vue, s'il existe un pouvoir discrétionnaire – mise à part l'hypothèse de ses compétences de nomination réelles –,

par tradition, deux collaborateurs de la présidence étaient rémunérés sur des contrats Air France. [...] J'ai été surpris par cette pratique, mais il m'a été assuré qu'elle existait depuis les débuts de la V^e République » (R. DOSIÈRE, *L'Argent caché de l'Élysée*, *op. cit.*, p. 58). Nous n'avons cependant pas pu trouver l'origine de cette citation.

¹⁹²⁸ La charte de déontologie et l'avis émis par la HATVP sont disponibles sur le site internet de l'Élysée : www.elysee.fr/assets/pdf/Charte-de-dontologie.pdf.

¹⁹²⁹ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, *op. cit.*, p. 95 (du PDF disponible en ligne).

¹⁹³⁰ Voir nos développements *supra* (p. 305 et s.) quant aux nominations de parlementaires.

celui-ci ne bénéficie pas au président de la République. Pour autant, l'étude menée ne peut faire l'économie d'un examen de cette discrétion. Car si les autorités de désignation jouissent d'une liberté, il convient de souligner ce qui, juridiquement, l'enserme. Surtout, compte tenu du transfert du pouvoir de désignation vers le président de la République cette étude conduit, dans le même temps, à étudier le pouvoir de désignation discrétionnaire capté par le président de la République.

§2. Le contrôle insuffisant du pouvoir de désignation discrétionnaire

345. Même si, en fait, le président de la République exerce le pouvoir de désignation, il demeure néanmoins tenu par les règles – aussi minimales soient-elles – qui s'imposent à tout pouvoir, même discrétionnaire. Si, le pouvoir de nomination du président de la République peut vider de leurs effets les contrôles tenant à la pluralité des participants, parvient-il à échapper aux règles pesant sur le pouvoir discrétionnaire de désignation ? La réponse est nuancée. Le Droit reprend relativement l'ascendant sur les rapports de pouvoir mais encore faut-il que la violation de ces règles puisse être sanctionnée, s'il y a lieu. Le pouvoir de nomination lui-même pourrait, derechef, paralyser les éventuels recours au contentieux. Le faible nombre de contestations « va évidemment dans le sens de la liberté de manœuvre du pouvoir politique¹⁹³¹ », estime Jacques PETIT. Pour l'expliquer, le professeur avance deux raisons. D'une part, « les chances d'aboutir à une annulation sont faibles » compte tenu du caractère discrétionnaire du pouvoir. D'autre part, « il n'est pas dans les mœurs des hauts fonctionnaires de contester la légalité des décisions de nomination du [président de la République] et, d'ailleurs, celui qui tenterait cette aventure risquerait fort de voir sa carrière administrative compromise »¹⁹³². Cette dernière proposition s'accorde avec l'idée selon laquelle le pouvoir de nomination peut entraver le contrôle juridictionnel des nominations présidentielles.

Avant d'étudier les différentes conditions qui pèsent sur l'exercice du pouvoir de nomination même discrétionnaire (**B**), il convient d'identifier préalablement les situations nombreuses et variées dans lesquelles le pouvoir de nomination peut être dit discrétionnaire (**A**).

¹⁹³¹ J. PETIT, « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 668.

¹⁹³² *Loc. cit.*

A. La variété des emplois ou fonctions pourvus de façon discrétionnaire

346. Le recrutement par concours est, en France, un principe législatif qui, jusqu'à présent, se donne comme le moyen, sinon idéal, en tout cas le moins défectueux pour appliquer le principe constitutionnel d'égalité d'admissibilité aux emplois publics. Le concours n'annihile pas le caractère discrétionnaire de l'évaluation des mérites des différents candidats. Mais le pouvoir de désignation et la compétence de nomination sont répartis entre diverses autorités. L'appréciation discrétionnaire des mérites est laissée à une autorité distincte et indépendante du président de la République. Or, de multiples exceptions au principe du recrutement par concours existent, dont certaines intéressent directement la compétence présidentielle de nomination.

Si un pouvoir est discrétionnaire lorsqu'il permet plusieurs décisions toutes également légales, alors il existe bien des cas de nominations discrétionnaires. Un tel pouvoir pourra être identifié chaque fois que plusieurs personnes peuvent légalement être nommées à un emploi ou une fonction considérés. Ainsi, les fonctions de membres du Conseil constitutionnel sont-elles pourvues de façon discrétionnaire. Il en va de même, généralement, des personnalités dites « qualifiées » pour siéger dans divers organismes. Deux grandes hypothèses d'exception au concours méritent une attention particulière car elles « ont permis une politisation croissante des plus hauts emplois administratifs » et se présentent comme une « zone de discrétionnalité politique délimitée par le droit »¹⁹³³. D'une part, certaines exceptions permettent d'intégrer des fonctionnaires ou non fonctionnaires à un corps de la fonction publique : il s'agit des nominations au tour extérieur (1) ; d'autre part, certaines exceptions permettent d'attribuer des emplois ou fonctions sans entraîner la titularisation de la personne bénéficiaire : il s'agit des nominations aux emplois laissés à la décision du Gouvernement (2).

1. Le tour extérieur

347. Le recrutement par la voie du tour extérieur¹⁹³⁴ peut être défini comme le procédé de recrutement qui permet d'intégrer des fonctionnaires ou non fonctionnaires dans un corps de

¹⁹³³ J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 342.

¹⁹³⁴ Le professeur CHAGNOLLAUD rappelle que l'expression fut consacrée par le Conseil d'État en 1950 : CE,

la fonction publique, sans concours ni épreuves : « pour un nombre déterminé de postes pourvus par le concours, un poste est pourvu au tour extérieur, c'est-à-dire par nomination directe¹⁹³⁵ ». Cette voie d'accès à la fonction publique est souvent présentée comme un mode de recrutement dont la destination première n'est nullement politique¹⁹³⁶. Il s'agit d'intégrer « dans le service des personnalités différentes, non immédiatement compétentes mais fortes de la richesse d'autres milieux, d'autres méthodes, d'autres professions¹⁹³⁷ ». Quoiqu'à la fin des années 1960 certains auteurs aient pu prédire la disparition à court terme du recrutement par le tour extérieur, il a au contraire progressé. Christian THÉRÉSINE souligne dans sa thèse que les années 1970 ont constitué un renouveau de ces recrutements : dans certains corps, l'administration ne fit usage de cette voie de recrutement qu'à partir de cette époque alors qu'elle y était autorisée de longue date¹⁹³⁸, tandis que, à la même période, d'autres corps ont été ouverts au tour extérieur¹⁹³⁹.

Deux formes de tour extérieur peuvent être distinguées. La première, fondée sur l'article 24 de la loi du 11 janvier 1984 portant statut général de la fonction publique de l'État, permet des promotions rapides de fonctionnaires de catégorie A ou de fonctionnaires internationaux¹⁹⁴⁰. Sont concernés notamment les administrateurs des finances publiques, les trésoriers-payeurs généraux, les membres de l'inspection générale de l'Institut national de la statistique et des études économiques, de l'inspection générale des finances, les contrôleurs financiers, etc.¹⁹⁴¹ Selon Olivier DORD, une telle procédure « n'est pas politisée » ; elle se présente surtout

10 mars 1950, *Syndicat autonome du personnel de l'expansion économique à l'étranger*, Rec. p. 156 (D. CHAGNOLLAUD, *Le Premier des ordres (...)*, op. cit., p. 262).

¹⁹³⁵ G. MARCOU, *L'Accès aux emplois publics*, op. cit., p. 69.

¹⁹³⁶ Pour des éléments d'Histoire quant au tour extérieur au Conseil d'État et une vision résolument favorable à ce mode de recrutement, voir A. DAMIEN, « Le tour extérieur », *Rev. adm.*, n°303, 1998, p. 357-364.

¹⁹³⁷ Tels sont les mots choisis par Ch. VIGOUROUX concluant sur CE Ass., 16 décembre 1988, *Bleton c./ Sarazin*, Rec. p. 451 (C. VIGOUROUX (concl.), *RFDA*, 1989, p. 526).

¹⁹³⁸ C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 93 : l'auteur cite l'exemple du corps de l'inspection des finances dont les membres ont été massivement recrutés au tour extérieur à compter de 1973, sous la présidence POMPIDOU.

¹⁹³⁹ C. THÉRÉSINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 93. L'auteur cite le décret n°72-580 du 4 juillet 1972 relatif au statut particulier des professeurs agrégés de l'enseignement du second degré.

¹⁹⁴⁰ Art. 24 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État : « Les statuts particuliers de certains corps figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État peuvent, par dérogation aux dispositions du présent chapitre, autoriser, selon des modalités qu'ils édicteront, l'accès direct de fonctionnaires de la catégorie A, ou de fonctionnaires internationaux en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale chargés de fonctions équivalentes à celles qui sont confiées aux fonctionnaires de catégorie A, à la hiérarchie desdits corps ».

¹⁹⁴¹ La liste est fournie par le décret n°85-344 du 18 mars 1985 portant application de l'article 24 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

comme un moyen d'accélérer « la carrière de fonctionnaires méritants »¹⁹⁴². Néanmoins, les liens entre hauts fonctionnaires et pouvoir politique sont tels que l'affirmation du professeur DORD mérite d'être nuancée. La seconde est fondée sur l'article 10 de la loi précitée du 11 janvier 1984. Elle concerne les membres des corps recrutés par la voie de l'ENA, des corps enseignants et des personnels de la recherche, de certains corps techniques ainsi que les membres de corps interministériels ou communs à plusieurs départements ministériels ou établissements publics. L'article 10 permet aux statuts de ces différents corps de « déroger [...] à certaines dispositions du statut général¹⁹⁴³ » pour permettre d'« intégrer directement en leur sein un pourcentage de personnes étrangères ou non à l'administration¹⁹⁴⁴ ». Cette forme de tour extérieur n'est nullement marginale. Par exemple, sur l'ensemble de la Cinquième République, près d'un tiers des conseillers d'État ont été recrutés par le tour extérieur¹⁹⁴⁵.

348. Selon le professeur DORD, cette seconde forme de tour extérieur visait à l'origine à « diversifier le recrutement de la haute fonction publique¹⁹⁴⁶ ». Pourtant, tel était déjà l'un des objectifs ayant présidé à la création de l'ENA. Le tour extérieur est donc soit l'aveu d'échec de l'ENA comme une voie d'accès permettant la diversification des profils et vecteur d'égalité des espérances, soit un moyen assumé d'écarter le recrutement par concours pour des motifs qui ne tiennent pas qu'à la recherche des mérites. Le recrutement par la voie du tour extérieur aurait pu servir à intégrer à la fonction publique celles et ceux que les recrutements par voie de concours auraient exclus pour des raisons sociales. Il répond en pratique volontiers « à des considérations souvent partisans ou personnelles¹⁹⁴⁷ », de sorte qu'il a en fait permis de faire perdurer la reproduction sociale caractérisant massivement les

¹⁹⁴² O. DORD, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 140.

¹⁹⁴³ Art. 10 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* : « En ce qui concerne les membres des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration, des corps enseignants et des personnels de la recherche, des corps reconnus comme ayant un caractère technique, les statuts particuliers pris en la forme indiquée à l'article 8 ci-dessus peuvent déroger, après avis du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État prévu à l'article 13 ci-après, à certaines des dispositions du statut général qui ne correspondraient pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs membres sont destinés à assurer, notamment pour l'accomplissement d'une obligation statutaire de mobilité.

Les statuts particuliers de corps interministériels ou communs à plusieurs départements ministériels ou établissements publics de l'État peuvent déroger, après avis du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, à certaines des dispositions du statut général qui ne correspondraient pas aux besoins propres à l'organisation de la gestion de ces corps au sein de chacun de ces départements ministériels ou établissements. Les conditions et modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».

¹⁹⁴⁴ O. DORD, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 140.

¹⁹⁴⁵ L. ROUBAN, *Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps*, op. cit., p. 43. L'auteur ajoute cependant : « Encore faut-il souligner que cette proportion inclut les énarques qui sont sortis dans un autre corps que le Conseil à la sortie de l'École et qui sont entrés dans le corps par la suite en profitant du tour extérieur ».

¹⁹⁴⁶ O. DORD, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 140. Voir aussi N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, op. cit., p. 660.

¹⁹⁴⁷ O. DORD, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 140.

hautes fonctions publiques¹⁹⁴⁸. Ce phénomène fut démontré et étudié notamment par Pierre BIRNBAUM et n'est nullement démenti aujourd'hui¹⁹⁴⁹. Finalement, « le tour extérieur [est] devenu beaucoup moins un moyen d'injecter dans les corps concernés les compétences qui leur [font] défaut qu'une faveur, une récompense ou une compensation attribuée discrétionnairement par le Gouvernement¹⁹⁵⁰ ». Il aura également contribué à installer durablement la politisation de la haute fonction publique :

La politisation n'est plus alors [seulement] la conséquence subie de nominations au tour extérieur ou dans les emplois à discrétion. Elle est voulue, de l'intérieur du corps, par des agents entrés par les voies normales, mettant en œuvre une autre conception du service public, se réclamant d'une nouvelle déontologie. Le constat de la politisation amène le corps à se politiser¹⁹⁵¹.

De ce point de vue, la « politisation partisane » aurait conduit à une « politisation structurelle », lesquelles ne peuvent ensuite que s'alimenter mutuellement¹⁹⁵². Néanmoins, Marie-Christine KESSLER remarque que la politisation de la haute administration est parfois critiquée par les membres des grands corps eux-mêmes :

Le tour extérieur constitue une menace permanente pour les Grands corps. Il est lourd de potentialités dangereuses : susceptible de provoquer une soumission directe en politique, il est également capable de créer la diversité au sein du corps, et d'atteindre son prestige ; il représente également une limite sérieuse à l'autogestion¹⁹⁵³.

349. L'évolution du tour extérieur présente une certaine ambiguïté car, en même temps que des contrôles croissants ont permis de faire reculer le caractère discrétionnaire de la sélection, le nombre de corps concernés a augmenté. En 1985, « les recrutements au tour extérieur furent multipliés ou élargis¹⁹⁵⁴, tandis que l'abaissement de l'âge de la retraite dans la

¹⁹⁴⁸ Au sujet des recrutements au Conseil d'État, Luc ROUBAN écrit que, « d'une manière générale, la tendance est à la sélectivité sociale car la part des personnes issues des classes supérieures ne cesse de croître qu'il s'agisse du concours externe de l'ENA (72 % en 1958, 77 % en 1978 puis 80 % en 2000), du concours interne (on passe alors de 43 % à 50 % puis 71 %) ou du tour extérieur (qui évolue à peine de 76 % à 77 % puis à 79 %) » (L. ROUBAN, *Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps*, op. cit., p. 25).

¹⁹⁴⁹ P. BIRNBAUM, *Les Sommets de l'État (...)*, op. cit., p. 100 et s. Le chapitre dans lequel l'auteur développe cette analyse s'intitule « Le tour extérieur des grands corps ou la fermeture administrative ».

¹⁹⁵⁰ J. CHEVALLIER, « La gauche et la haute administration sous la Cinquième République », in CURAPP, *La Haute administration et la politique*, op. cit., p. 42.

¹⁹⁵¹ Ph. ARDANT, « Les réactions à la politisation de la fonction publique », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 51.

¹⁹⁵² Cette distinction est empruntée à Y. MÉNY : « À la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires », art. cité, p. 21. Voir les définitions fournies par l'auteur et citées *supra* note p. 166.

¹⁹⁵³ M.-C. KESSLER, « Les grands corps de l'État », *Rev. adm.*, n°231, 1995, p. 224.

¹⁹⁵⁴ L'auteur cite la loi n°84-834 du 13 septembre 1984 *relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public* ainsi qu'un décret du 18 février 1985. Il semble qu'il s'agisse en réalité du décret n°85-344 du 18

fonction publique et le secteur public autorisa, après le départ de certains titulaires, de nouvelles nominations¹⁹⁵⁵ ». Ceci atteste que François MITTERRAND « avait “pris les devants” à la veille de la cohabitation¹⁹⁵⁶ ». Le nombre de corps admettant de tels recrutements a également augmenté¹⁹⁵⁷. Par la suite cependant, toujours dans un contexte de cohabitation, la loi du 13 septembre 1984 *relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public* fut modifiée par les lois du 26 décembre 1986¹⁹⁵⁸ et du 26 juin 1994¹⁹⁵⁹ qui prescrivirent une réduction du nombre d'emplois vacants ouverts au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle¹⁹⁶⁰ tout en imposant la consultation préalable d'une commission d'aptitude¹⁹⁶¹.

Ce mode de recrutement peut permettre de conférer à certaines personnes la qualité de fonctionnaire par exception au principe du concours. Les nominations aux emplois laissés à la décision du Gouvernement constituent une autre exception. Dans ce cas, cependant, la nomination ne vise pas la titularisation.

mars 1985 portant application de l'article 24 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*.

¹⁹⁵⁵ Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 746.

¹⁹⁵⁶ M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, op. cit., p. 194. Jacques FOURNIER, témoin privilégié de l'époque, en fournit la même analyse in *Itinéraire (...)*, op. cit., p. 334. Pour un aperçu des nominations au tour extérieur durant les mandats de François MITTERRAND et de Jacques CHIRAC et l'enjeu politique majeur qu'elles suscitérent, voir P. LENAIN, « L'administration de 1981 à 1985 : essai de bilan », *Rev. adm.*, n°228, 1985, p. 589-594 et, du même auteur, « L'administration de 1986 à 1998 : essai de bilan », *Rev. adm.*, n°305, 1998, p. 618-626.

¹⁹⁵⁷ Voir A. PASSERON, « Comment ils ont placés leurs amis ? », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 28. Le décret n°85-344 du 18 mars 1985 a permis le recrutement au tour extérieur dans des corps qui, jusqu'alors, l'interdisaient, tel celui de l'inspection générale des finances. Les travaux de Luc ROUBAN consacrés à ce corps montrent que la latitude du pouvoir politique est nettement plus réduite que pour le recrutement des conseillers d'État. Voir ses développements in L. ROUBAN, *L'Inspection générale des Finances 1958-2000 : quarante ans de pantouflage*, Cahiers du CEVIPOF, n°31, CEVIPOF, juin 2002, p. 24 et s.

¹⁹⁵⁸ Loi n°86-1304 du 23 décembre 1986 *relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'État*.

¹⁹⁵⁹ Loi n°94-530 du 28 juin 1994 *relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'État et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées*.

¹⁹⁶⁰ Tandis qu'en 1984, les statuts particuliers des corps d'inspection et de contrôle devaient prévoir que le nombre de poste vacants pourvus par le tour extérieur serait « égal au tiers des emplois vacants » (art. 8 de la loi dans sa version initiale), cette proportion fut ramenée à un quart au maximum et un cinquième au moins (art. 8 de la loi dans sa version du 23 décembre 1986) avant d'être rapportée à un sixième (art. 8 dans sa dernière version du 29 juin 1994).

¹⁹⁶¹ Yves-Marie DOUBLET propose un commentaire critique de la loi de 1994 in « Nominations au tour extérieur et “pantouflage” dans la haute fonction publique », art. cité, p. 716-729.

2. Les emplois à la décision du Gouvernement

350. Les emplois à la décision du Gouvernement constituent la principale des hypothèses de nomination discrétionnaire n'entraînant pas la titularisation de leur bénéficiaire, à l'exception notable des préfets¹⁹⁶². D'origine jurisprudentielle¹⁹⁶³ avant d'être reconnues par le droit positif textuel¹⁹⁶⁴, les nominations à la décision du Gouvernement sont doublement présidées par le principe de discrétionnalité¹⁹⁶⁵ : le choix des nominataires est discrétionnaire ; leur révocation également. Contrairement aux nominations au tour extérieur, la liberté laissée au Gouvernement pour pourvoir ces emplois est volontiers expliquée par le caractère politique de ces postes¹⁹⁶⁶. Il s'agit de postes qui « doivent être occupés par des personnes ayant, notamment en raison de leur orientation politique, la confiance du Gouvernement, et cela de façon à ce que sa politique générale soit mise en œuvre, au plus haut niveau, avec le minimum de risque de déformation ou de blocage¹⁹⁶⁷ ». « Les emplois supérieurs sont à la charnière de la décision politique et de la mise en œuvre administrative. C'est pourquoi on a voulu laisser

¹⁹⁶² Les nominations de préfets relèvent des emplois à la décision du Gouvernement mais le statut de 1964 autorise leur titularisation dans le corps après un an de service. Voir l'article 4 du décret n°64-805 du 29 juillet 1964 *fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets*. Ils sont susceptibles d'être nommés tant au tour extérieur que sur le fondement des nominations à la décision du Gouvernement. L'affaire portant sur la nomination de Brice HORTEFEUX en tant que préfet en 1997 en rend compte. Quoique le contentieux dont fut saisi le Conseil d'État ne se conclut que par le désistement des requérants, il présente un véritable intérêt dont rend compte B. MONTAY in *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, *op. cit.*, p. 42 (du PDF disponible en ligne). Voir CE, 29 janvier 1997, *Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'intérieur* et les concl. de R. SCHWARTZ, « Recours pour excès de pouvoir contre un décret portant nomination d'un préfet », *AJDA*, 1997, p. 297.

¹⁹⁶³ Par exemple CE, 24 janvier 1934, *Veber*, Rec p.116.

¹⁹⁶⁴ Voir le statut de 1946 : Loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 *relative au statut général des fonctionnaires*, art. 2 et 3.

¹⁹⁶⁵ Jusqu'à l'adoption du statut général de 1984, le droit positif retenait l'expression « nominations à la discrétion du Gouvernement ». L'article 3 du statut de 1946 (loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 *relative au statut général des fonctionnaires*) énonçait : « L'accession aux différents emplois permanents mentionnés à l'article 1^{er} ne peut avoir lieu que dans les conditions prévues au présent statut. Toutefois les statuts particuliers visés à l'article 2 précédent, déterminent, pour chaque administration et service, après avis du conseil supérieur de la fonction publique, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement. L'accession de non fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans les cadres de l'administration ou du service. Les nominations aux emplois visés à l'alinéa 2 du présent article sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non fonctionnaires ».

¹⁹⁶⁶ Par exemple, pour une étude statistique très riche sur les mouvements préfectoraux, qui constituent l'exemple typique des emplois à la charnière entre politique et administration, voir L. ROUBAN, *Les Préfets de la République 1870-1997*, *op. cit.*, p. 44 et s.

Quant aux recteurs d'académies, rappelons que l'habitude fut prise, sous l'Empire, de renouveler leur mandat à l'échéance de leur terme de cinq ans. Sous les Troisième et Quatrième Républiques, l'usage voulait encore que les recteurs exercent leurs fonctions jusqu'à la fin de leur carrière. Cet usage ne fut pas maintenu sous la Cinquième République : DE GAULLE décida en 1967 de révoquer trois recteurs de façon discrétionnaire (voir P. GÉRARD, « Le recteur et son académie », art. cité, p. 364).

¹⁹⁶⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 2, p. 194.

au pouvoir politique la liberté de nommer ou de révoquer les titulaires de ces postes pour simples convenances politiques¹⁹⁶⁸ », rappelle Gérard MARCOU¹⁹⁶⁹.

351. L'article 25 de la loi précitée du 11 janvier 1984 dispose qu' « un décret en Conseil d'État détermine, pour chaque administration et service, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement. L'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service. Les nominations aux emplois mentionnés à l'alinéa premier du présent article sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non-fonctionnaires ». En application de cet article a été adopté le décret n°85-779 du 24 juillet 1985¹⁹⁷⁰ dont l'article 1^{er} énonce la liste « des emplois supérieurs laissés à la décision du Gouvernement en ce qui concerne tant la nomination que la cessation de fonctions ». Il s'agit, « dans toutes les administrations : [des] commissaires généraux, hauts-commissaires, commissaires, secrétaires généraux, délégués généraux et délégués, lorsqu'ils sont placés directement sous l'autorité du ministre [et des] directeurs généraux et directeurs d'administration centrale ; auprès du Premier ministre : secrétaire général du Gouvernement, secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale, délégués interministériels et délégués ; au ministère des relations extérieures : chef titulaire de mission diplomatique ayant rang d'ambassadeur ; au ministère de l'intérieur et de la décentralisation : préfets, chef du service de l'inspection générale de l'administration, directeur des services actifs de police en fonctions à l'administration centrale et chef du service de l'inspection générale de la police nationale ; au ministère de l'éducation nationale : sans préjudice de l'application des textes en vigueur fixant les conditions de leur nomination, recteurs d'académie ; au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie : chef du service de l'inspection générale des finances ».

¹⁹⁶⁸ G. MARCOU, *L'Accès aux emplois publics*, *op. cit.*, p. 80. Dans le même sens, A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La Fonction publique*, *op. cit.*, p. 447.

¹⁹⁶⁹ Outre les articles et ouvrages cités dans ce chapitre, des informations sur les nominations à la décision du Gouvernement peuvent être trouvées in M. SILVERA, « Le régime des emplois de direction des administrations centrales », *AJDA*, 1965, p. 132-139 ; S. SALON, « Nominations et emplois "à la décision du Gouvernement" », *Cah. fonct. publ.*, n°240, 2004, p. 4-6 ; C. SOULAY, « Les emplois à la décision du Gouvernement », *JCP A.*, n°26, 2006, p. 886-891.

¹⁹⁷⁰ Décret n°85-779 du 24 juillet 1985 *portant application de l'article 25 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement*.

À la faveur des conclusions du commissaire DONNEDIEU DE VABRES sous l'affaire *Teissier*¹⁹⁷¹, le Conseil d'État en 1953 avait considéré que la liste des emplois dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement n'était pas exhaustive¹⁹⁷². Selon le commissaire, un double critère devait permettre de discerner les « emplois qui, par leur importance, doivent rester à la discrétion du Gouvernement » : « l'absence de tout statut de l'emploi considéré » et « la nature des fonctions exercées »¹⁹⁷³. Mais contrairement à ce qu'invitent à penser les deux normes précitées de 1984 et 1985, la haute Assemblée maintint cette jurisprudence après l'adoption du statut de 1984 et du décret de 1985. Sont donc également considérés comme des emplois à la décision du Gouvernement, en vertu de décisions juridictionnelles avalisant la pratique décidée par le pouvoir exécutif : le directeur de l'Agence France Presse¹⁹⁷⁴, le directeur de l'Office national d'études et de recherches aéronautiques¹⁹⁷⁵, le directeur du CNRS¹⁹⁷⁶, le directeur du Centre scientifique et technique du bâtiment¹⁹⁷⁷, le directeur général du centre national de la cinématographie¹⁹⁷⁸, le directeur général de la Caisse nationale des marchés de l'État¹⁹⁷⁹, le secrétaire général de la défense nationale¹⁹⁸⁰, le directeur général des hospices civils de Lyon¹⁹⁸¹, le président de l'Office national pour les rapatriés¹⁹⁸², le président du conseil d'administration de la société concessionnaire du tunnel du Mont Blanc¹⁹⁸³ et, plus récemment, le délégué à la sûreté nucléaire et à la radioprotection pour les activités et les installations intéressant la défense¹⁹⁸⁴, le directeur de l'Institut national du sport et de l'éducation physique¹⁹⁸⁵ ainsi que le directeur de l'Agence nationale des titres sécurisés¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁷¹ CE Ass., 13 mars 1953, *Teissier*, *Rec.* p. 133 ; concl. J. DONNEDIEU DE VABRES, *D.*, 1953, p. 735-737.

¹⁹⁷² Sur l'évolution de la liste, voir A.-M. LE POURHIET, « Les emplois à la discrétion », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 121-124.

¹⁹⁷³ J. DONNEDIEU DE VABRES, *D.*, 1953, p. 736.

¹⁹⁷⁴ CE, 24 juin 1949, *Nègre*, *Rec.* p. 304.

¹⁹⁷⁵ CE, 13 novembre 1952, *Jugeau*, *Rec.* p. 506.

¹⁹⁷⁶ CE Ass., 13 mars 1953, *Teissier*, *Rec.* p. 133.

¹⁹⁷⁷ CE, 2 janvier 1959, *Marine*, *Rec.* p. 3.

¹⁹⁷⁸ CE, 10 avril 1959, *Fourré-Cormeray*, *préc.*

¹⁹⁷⁹ CE Ass., 3 décembre 1971, *Branger*, *Rec.* p. 737.

¹⁹⁸⁰ CE, 17 janvier 1973, *Cazelles*, *préc.*

¹⁹⁸¹ CE, 14 mai 1986, *Rochaix*, *Rec.* p. 574.

¹⁹⁸² CE Ass., 22 décembre 1989, *Morin*, *Rec.* p. 279.

¹⁹⁸³ CE, 23 novembre 1992, *Portier*, *Rec.* p. 1042.

¹⁹⁸⁴ CE, 16 mai 2012, *Jurien de Gravière*, *Rec. T.* p. 802. Quoique le Code de la défense prévoit un terme au mandat du délégué, le Conseil d'État jugea que le bénéficiaire de cet emploi pouvait être révoqué à tout moment.

¹⁹⁸⁵ CE, 14 mai 2014, *à paraître* ; *AJDA*, 2014, p. 1691.

¹⁹⁸⁶ CE, 26 mai 2014, *à paraître* ; *AJFP*, 2014, p. 1924.

352. De la même manière que les emplois pourvus en Conseil des ministres ne sont pas tous des emplois à la décision du Gouvernement, tous les emplois à la décision du Gouvernement ne sont pas nécessairement pourvus en Conseil des ministres¹⁹⁸⁷ : « en termes mathématiques, on pourrait dire que l'article 13 de la Constitution et le décret du 24 juillet 1985 ont seulement un sous-ensemble commun¹⁹⁸⁸ ». Ainsi, le grand chancelier de la Légion d'honneur est nommé en Conseil des ministres mais ne relève pas de la catégorie des emplois dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement. À l'inverse, la nomination du directeur de l'Agence nationale des titres sécurisés est à la décision du Gouvernement mais n'est pas pourvue en Conseil des ministres¹⁹⁸⁹. Compte tenu de l'affinité qu'entretiennent les emplois pourvus en Conseil des ministres et les nominations à la décision du Gouvernement, nombre d'auteurs affirment – forts d'une conception en vertu de laquelle le président de la République décide des nominations adoptées par décret délibéré en Conseil des ministres – que ces nominations relèvent de la décision du président de la République. Quoique la loi affirme expressément que certaines nominations sont laissées « à la décision du Gouvernement », il faudrait pourtant les ranger parmi les décisions laissées à la décision du président de la République¹⁹⁹⁰. Or, sauf à souffrir la contradiction, il n'est pas possible d'admettre tout à la fois que le président de la République déciderait des nominations pourvues par décret en Conseil des ministres et que le Gouvernement déciderait des nominations concernées par l'article 25 du statut général de 1984. En droit, les nominations à la décision du Gouvernement, signées par le président de la République, ressortissent à la compétence nominale de ce dernier. Ce n'est qu'en vertu d'une pratique non conforme – fût-elle profondément ancrée – qu'elles relèvent de son pouvoir de nomination discrétionnaire capté.

¹⁹⁸⁷ Voir C. DE MONGOLFIER, « Le régime des emplois laissés à la décision du Gouvernement. Le cas de la nomination d'un directeur d'école d'architecture » (concl. sur CE Sect., 29 mars 1991, *Fraisie et autres*), *RFDA*, 1992, p. 104.

¹⁹⁸⁸ T. OLSON, « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du Gouvernement » (concl. sur CE Ass., 31 mai 2006, *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*, *Rec.* p. 274.), *AJDA*, 2006, p. 1903.

¹⁹⁸⁹ Art. 10 du décret n°2007-240 du 22 février 2007 portant création de l'Agence nationale des titres sécurisés.

¹⁹⁹⁰ Le professeur YOLKA écrit ainsi que « le conseil d'État consacre une interprétation extensive des compétences présidentielles, en considérant par exemple que la liste des emplois à la décision du gouvernement (généralement pourvu par décret présidentiel), fixé par le décret du 24 juillet 1985, n'est pas exhaustive » (Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », art. cité, p. 728). Une certaine tension entre fait et droit traverse en outre la proposition par laquelle il affirme, s'agissant des nominations à la décision du Gouvernement : « elles restent juridiquement le fait du chef de l'État » (*ibid.*, p. 743). Dans le même sens, C. TESTARD, *Le Contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du président de la République*, *op. cit.*, p. 22.

Les nominations laissées à la décision du Gouvernement ou pourvues au tour extérieur constituent les deux principaux exemples de nominations discrétionnaires mais n'épuisent pas la catégorie. Dans la plupart des hypothèses, les autorités de nomination sont libres de choisir entre plusieurs candidats. Aussi lâches soient-elles, un certain nombre de conditions doivent néanmoins être respectées.

B. La variété des conditions pesant sur l'exercice du pouvoir de nomination discrétionnaire

353. Jusqu'au XXI^e siècle en France, l'Histoire des nominations est aussi l'histoire de l'évolution des discriminations légalement permises et, avec elles, du resserrement du pouvoir discrétionnaire¹⁹⁹¹. Le rétrécissement touche d'abord à son champ d'application : le concours pour l'accès à la fonction publique, comme pour l'accès à un certain nombre de promotions s'est généralisé depuis la Révolution. Les exceptions au concours et, avec elles, le pouvoir discrétionnaire qu'elles autorisent, n'ont ainsi cessé de s'amenuiser. Il est vrai, cependant, indique le professeur MELLERAY, que :

Ces exceptions semblent toutefois en voie d'extension, le concours étant de plus en plus dénigré alors même que comme le rappelait Duguit "malgré les inconvénients que présente ce système de recrutement, c'est encore celui qui offre le plus de garanties contre l'arbitraire et le favoritisme"¹⁹⁹².

La restriction du pouvoir discrétionnaire tient aussi à sa perte d'intensité : à mesure qu'augmentent le nombre de conditions légales à respecter et l'intensité du contrôle opéré par le juge, la discrétion s'érode¹⁹⁹³. Même si toutes ces conditions n'ont pas les mêmes conséquences quant aux limitations apportées au pouvoir de nomination, il est permis de

¹⁹⁹¹ Outre les références ci-dessous, voir notamment le numéro spécial que la revue *Pouvoirs* consacra aux discriminations positives : n°111. Dans ce numéro, voir en particulier, G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 29-40 ; A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 55-71 ; B. TOULEMONDE, « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences po », *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 87-99.

¹⁹⁹² F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 276, citant L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Fontemoing, 2^e éd., p. 141.

¹⁹⁹³ Dans le même sens, P.-L. FRIER, « Motifs (contrôle des) », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2005, mis à jour en 2014, §49 : « Il y a donc de fait, une transformation fondamentale de la place du pouvoir discrétionnaire et un fort recul de celui-ci ».

distinguer les exigences tenant directement à la personne à nommer **(1)** des conditions tenant à ses « vertus et talents » **(2)**.

1. L'état de la personne à nommer : des limitations ténues

354. Aussi discrétionnaire que soit une nomination, elle ne peut concerner des personnes dont l'état, au sens civiliste du terme, y ferait obstacle. En droit civil, l'état de la personne constitue ce qui permet de l'identifier. Même si les typologies varient d'un auteur à l'autre, il est courant d'y ranger la nationalité, le sexe, l'âge et la capacité juridique. Au sens plus usuel sinon trivial, l'état de la personne peut encore viser ses capacités physiques. Même pour les nominations les plus discrétionnaires, l'état de la personne nommée peut constituer une limite s'imposant à l'autorité de nomination. L'article 5 de la loi LE PORS du 13 juillet 1983¹⁹⁹⁴ pose un certain nombre de conditions pour le recrutement des fonctionnaires : nationalité, jouissance des droits civiques, aptitude physique, etc.¹⁹⁹⁵

Celles-ci s'imposent aux nominations de fonctionnaires recrutés par concours. Mais elles semblent également devoir s'imposer pour les nominations par la voie du tour extérieur, dès lors que ce mode de recrutement permet d'acquérir la qualité de fonctionnaire. Elles peuvent aussi s'imposer pour les nominations à des titres et dignités. En revanche, les nominations de non fonctionnaires bénéficiaires d'emplois ou fonctions n'emportant pas titularisation ne semblent, de prime abord, pas susceptibles d'être soumises à ces exigences. Selon les postes pourvus, les conditions tenant à l'état de la personne nommée – nationalité **(a)**, jouissance des droits civiques **(b)**, capacités physiques **(c)**, sexe **(d)** et âge **(e)** – n'opèrent pas toujours avec la même intensité.

¹⁹⁹⁴ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*.

¹⁹⁹⁵ Art. 5 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* :

« Sous réserve des dispositions de l'article 5 bis, nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire :

1. S'il ne possède la nationalité française ;

2. S'il ne jouit de ses droits civiques ;

3. Le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n°2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ;

4. S'il ne se trouve en position régulière au regard du Code du service national ;

5. S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap ». Telle est la version en vigueur résultant de l'article 31 de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*.

a. La nationalité : une condition pesant seulement en cas de titularisation ?

355. Conformément à la loi¹⁹⁹⁶, l'accès à la fonction publique française est en principe réservé à des personnes de nationalité française¹⁹⁹⁷. Une exception a cependant été ajoutée en 1991 à l'article 5 *bis* de la loi LE PORS. Depuis lors, cet article dispose en effet que : « Les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen [EEE] autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois¹⁹⁹⁸ »¹⁹⁹⁹. Autrement dit, peuvent intégrer la fonction publique française tous les citoyens des États membres de l'EEE, lequel comprend l'ensemble des vingt-huit pays membres de l'Union européenne ainsi que trois des quatre États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE²⁰⁰⁰) : Islande, Liechtenstein et Norvège. Conformément à l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)²⁰⁰¹, tel qu'il est interprété par la Cour de Justice²⁰⁰², l'article 5 *bis* de la loi LE PORS précise toutefois les limites de l'exception qu'il institue : « [les citoyens non français des pays membres de l'EEE] n'ont pas accès aux emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques ».

¹⁹⁹⁶ Les conditions d'acquisition ou de perte de la nationalité sont énoncées au titre 1^{er} du Code civil : « De la nationalité ». Depuis 1978, les personnes qui obtiennent la nationalité française par naturalisation sont immédiatement susceptibles de devenir fonctionnaires, sans condition de délai, contrairement aux anciennes dispositions établies par l'ordonnance du 19 octobre 1945. Pour des précisions à ce sujet, voir A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La Fonction publique*, *op. cit.*, p. 433 ; A. TAILLEFAIT, « Recrutement et cessation des fonctions », *Juris-Classeur Fonctions publiques*, fasc. 240, 2011, §4 ; A. ZARCA, *L'Égalité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 793 et s.

¹⁹⁹⁷ Cette situation, qui peine à trouver encore de véritables justifications, fut blâmée par la HALDE qui recommanda « au Gouvernement de supprimer les conditions de nationalité pour l'accès aux trois fonctions publiques [...] à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale ou de l'exercice de prérogatives de puissance publique » (HALDE, délibération n°2009-139 du 30 mars 2009). La HALDE se fonda notamment sur le rapport du Groupe d'étude sur les discriminations qui, en 2000, relevait que : « l'univers professionnel dans lequel évoluent les enfants d'étrangers est d'emblée limité par les restrictions qui frappent leurs parents [...]. Aujourd'hui toute une série de carrières leur sont symboliquement fermées [...]. Dès lors que des emplois sont ouverts aux ressortissants communautaires, les différentes justifications au soutien du maintien de la condition de nationalité perdent de leur force » (Rapport du GED, mars 2000, p 18, cité in HALDE, délibération préc.).

¹⁹⁹⁸ Disposition résultant de la loi n°91-715 du 26 juillet 1991 *portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*.

¹⁹⁹⁹ Voir les très amples développements qu'y consacre Alexis ZARCA in *L'Égalité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 793 et s.

²⁰⁰⁰ L'AELE ne compte plus que quatre membres : Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse.

²⁰⁰¹ Ex-art. 48 du Traité instituant la Communauté économique européenne, devenu art. 39 du Traité instituant la Communauté européenne, avant de devenir l'actuel art. 45.

²⁰⁰² En particulier, voir CJCE, 17 décembre 1980, *Commission des Communautés européennes c./ Royaume de Belgique*, aff. n°149/79, *Rec.* p. 3881 et CJCE, 3 juin 1986, *Commission des Communautés c./ France*, aff. n°307/84, *Rec.* p. 1725.

L'appréciation concrète des emplois concernés est laissée aux autorités nationales sous le contrôle du juge national et, le cas échéant, de la CJUE. Le Conseil d'État a ainsi considéré, dans un avis de 2002, que « doivent être regardés comme inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comme participant directement ou indirectement à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou d'autres collectivités publiques : a) d'une part, l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes ; b) d'autre part, la participation, à titre principal, au sein d'une personne publique, à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle²⁰⁰³ ». D'après le professeur TAILLEFAIT, « aujourd'hui près de 80 % des corps et emplois de la fonction publique de l'État sont ouverts aux agents des autres États membres²⁰⁰⁴ ». La Cour de justice de l'Union européenne avait ainsi pu juger que les emplois d'enseignants-chercheurs ne peuvent être réservés aux nationaux²⁰⁰⁵.

356. Dans la mesure où, en principe, les fonctionnaires doivent jouir de la nationalité française, il faut en conclure que même les personnes nommées de façon discrétionnaire au tour extérieur doivent être de nationalité française ou citoyens d'un autre État membre de l'EEE, à condition encore, dans cette seconde situation, que l'emploi auquel il est ainsi pourvu soit « séparable de l'exercice de la souveraineté » ou ne comporte pas « une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques ». La condition de nationalité pèse donc sur les nominations par le tour extérieur au Conseil d'État ou à la Cour des comptes : avant de nommer un non fonctionnaire par ce biais, les autorités de désignation doivent s'assurer que celui-ci jouit de la nationalité française. Si le tour extérieur bénéficie à un fonctionnaire, la condition de nationalité est *a priori* remplie, sous réserve cependant que ledit fonctionnaire n'ait pas perdu cette qualité²⁰⁰⁶.

²⁰⁰³ CE, 31 janvier 2002, avis n°366.313, *EDCE*, 2003, p. 185.

²⁰⁰⁴ A. TAILLEFAIT, « Recrutement et cessation des fonctions », art. cité, §9. Nous n'avons pas pu confirmer ce chiffre.

²⁰⁰⁵ Voir notam. CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum c./ Land Bade-Württemberg*, aff. n°66/85, *Rec.* p. 2121. Néanmoins, en France, les recrutements d'enseignants-chercheurs de nationalité étrangère sont permis depuis 1968 (art. 30, dernier al. de la loi n°68-978 du 12 novembre 1968 *d'orientation de l'enseignement supérieur*), ce que la Loi SAVARY de 1984 confirma (art. 56 de la loi n°84-52 du 26 janvier 1984 *sur l'enseignement supérieur*), avant que cela soit codifié à l'article L. 952-6 du Code de l'éducation qui énonce, en son dernier alinéa, que « des personnalités n'ayant pas la nationalité française peuvent, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État, être nommées dans un corps d'enseignants-chercheurs ».

²⁰⁰⁶ En vertu de l'article 24 du Titre I du statut général (Loi de 1983), la perte de nationalité emporte « cessation

357. Mais des articles 5 et 5 *bis*, il résulte que l'exigence de nationalité ne s'impose pas nécessairement aux nominations à des emplois ou fonctions n'entraînant pas titularisation. Le président de la République peut-il par exemple nommer ministre, secrétaire général du Gouvernement ou membre du Conseil constitutionnel une personne qui ne serait pas de nationalité française ? Une réponse négative paraît s'imposer²⁰⁰⁷. Dans son arrêt du 20 janvier 1975, *Élection des représentants du personnel au conseil d'administration du CES François Mauriac à Louvres*, le Conseil d'État décida que les emplois ou fonctions n'ayant pas vocation à conférer le statut de fonctionnaire « ne sont accessibles aux étrangers que si n'y mettent obstacle aucune disposition législative en vigueur, aucun principe général du droit public français, ni aucun acte pris par l'autorité disposant du pouvoir réglementaire dans les limites de sa compétence et compte tenu des nécessités propres et de la mission du service²⁰⁰⁸ ». Pour un certain nombre d'emplois pourvus de façon discrétionnaire, l'exigence de nationalité n'est pas requise, sauf norme contraire. Ainsi, lors même que les emplois d'ambassadeurs sont laissés à la décision du Gouvernement, ne peuvent être nommés à un tel emploi que des personnes de nationalité française²⁰⁰⁹. La même exigence semble devoir s'imposer à tous les emplois à la décision du Gouvernement, aux nominations des membres du Gouvernement²⁰¹⁰, du Conseil constitutionnel ou encore à celles des personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la magistrature. Enfin, précisons que cette exigence de nationalité peut concerner des nominations à des dignités ou titres. L'attribution de la Légion d'honneur est exclusivement réservée aux citoyens français²⁰¹¹.

La condition de nationalité s'imposera donc de façon relative à l'autorité de désignation. Même capté par le président de la République, le pouvoir de nomination est soumis à cette

définitive des fonctions » et « entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire ».

²⁰⁰⁷ En ce sens, G. BRAIBANT, note sous CE, 1^{er} octobre 1954, *Guille, Rec.* p. 496, *D.*, 1955, p. 431. Voir aussi A.-M. LE POURHIET, « Les emplois à la discrétion », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 125.

²⁰⁰⁸ *Rec.* p. 40.

²⁰⁰⁹ L'article 6 du décret n°69-222 du 6 mars 1969 *relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires* énonce que : « Après treize nominations dans le corps des ministres plénipotentiaires prononcées dans les conditions prévues à l'article 5 ou au premier alinéa du présent article, une nomination dans le corps des ministres plénipotentiaires peut être effectuée parmi des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire ou d'agent public qui remplissent les conditions prévues à l'article 2 de la loi du 12 juillet 1983 ». L'article 2 de la loi du 12 juillet 1983 *relative aux conditions d'accès au corps des ministres plénipotentiaires* prévoit que l'accès audit corps est réservé aux personnes de nationalité française.

²⁰¹⁰ Dans certains États et, pour certaines fonctions, l'exigence de nationalité peut avoir valeur constitutionnelle. Par exemple, l'article 9 de la Constitution suédoise dispose que : « Seule peut occuper les fonctions de ministre une personne possédant la nationalité suédoise depuis au moins dix ans ».

²⁰¹¹ Art. R. 16 du Code de la Légion d'honneur.

règle. En outre, pour « avoir la qualité de fonctionnaire », la deuxième condition qu'impose l'article 5 de la loi LE PORS est la jouissance des droits civiques.

b. La jouissance des droits civiques : un principe s'imposant à toute nomination

358. Le juge pénal peut priver une personne de la jouissance de certains de ses droits : « le droit de vote, l'éligibilité, le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice, le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations, le droit d'être tuteur ou curateur²⁰¹² ». Le dernier alinéa de l'article 131-26 du Code pénal ajoute que « l'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique ». Il semble donc que seuls le droit de vote et l'éligibilité soient des droits civiques au sens de l'article 5 du premier titre du statut général de la fonction publique. Contrairement aux questions que put susciter la condition de nationalité, l'exigence de jouissance des droits civiques ne s'applique pas exclusivement aux fonctionnaires. Les formules retenues par le Conseil d'État l'attestent : « cette disposition interdit donc le maintien dans un emploi public, quel qu'il soit, de toute personne qui ne possède pas l'intégralité de ses droits civiques²⁰¹³ » et, plus encore, il existe « un principe général de valeur législative selon lequel nul ne peut accéder à un emploi public ni être maintenu dans un tel emploi s'il ne jouit de l'intégralité de ses droits civiques²⁰¹⁴ ». Seules peuvent donc être nommées les personnes majeures jouissant de leurs droits civiques. Ceci s'impose pour toutes les nominations discrétionnaires. Le principe de majorité s'applique pour les recrutements au tour extérieur comme pour les emplois à la décision du Gouvernement. Même si le président de la République a capté le pouvoir de désignation dans ces deux hypothèses, il n'en demeure pas moins lié par cette règle. Elle s'applique aussi bien d'ailleurs à ses compétences réelles. Ainsi, l'article 10 de l'ordonnance organique relative au Conseil constitutionnel énonce-t-il que : « Le Conseil constitutionnel constate, le cas échéant, la démission d'office de celui de ses membres [...] qui n'aurait pas la jouissance des droits civils et politiques ». Implicitement, l'ordonnance confirme l'idée que la jouissance de tels

²⁰¹² Art. 131-26 du Code pénal.

²⁰¹³ CE Sect., 17 mars 1967, *Sanbœuf*, *Rec.* p. 132.

²⁰¹⁴ CE, 28 mai 1982, *Roger*, *Rec.* p. 192.

droits est nécessaire à la validité de la nomination. Ceci confirme que même dispensées de contreseing, les compétences présidentielles réelles sont conditionnées.

Outre le prononcé de la déchéance de droits civiques par le juge pénal, celui-ci peut aussi être lié à une mise sous tutelle prononcée par un juge civil. Sont alors également en cause les conditions tenant aux capacités physiques de la personne nommée²⁰¹⁵. En ce cas, la capacité physique des candidats est entendue largement et inclut également les affections mentales²⁰¹⁶.

c. Les capacités physiques : une condition variable

359. Les anciens statuts généraux de la fonction publique prévoyaient déjà l'interdiction de devenir et de demeurer fonctionnaire à toute personne ne remplissant pas « les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction » et touchées d'une « affection tuberculeuse, cancéreuse ou nerveuse »²⁰¹⁷. Le commissaire ROUGEVIN-BAVILLE justifia cette discrimination négative en avançant que :

Indépendamment des charges financières qu'ils feraient peser sur les contribuables, de tels recrutements sont évidemment préjudiciables à la bonne marche des services publics, car il n'est pas toujours possible de remplacer du jour au lendemain un agent²⁰¹⁸.

Désormais, l'article 5 du premier titre du statut général exige simplement l'aptitude physique des personnes nommées fonctionnaires sans poser d'interdiction absolue pour le recrutement de personnes atteintes de certaines maladies. L'administration doit donc s'assurer de la bonne condition physique de ses agents compte tenu de leur emploi²⁰¹⁹. Si elle peut interdire à un candidat de se présenter à un concours et si elle peut aller jusqu'à le révoquer, elle doit fonder son appréciation de façon concrète, c'est-à-dire en tenant compte des spécificités de l'emploi²⁰²⁰. De même, si des statuts particuliers peuvent édicter des mesures d'aptitudes

²⁰¹⁵ A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *La Fonction publique*, op. cit., p. 345-346.

²⁰¹⁶ F. DIEU, « La condition d'aptitude physique dans la fonction publique », *AJFP*, 2009, p. 203.

²⁰¹⁷ Art. 16 de l'ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.

²⁰¹⁸ CE, 24 janvier 1975, *Association française des hémophiles*, Rec p. 52. Concl. parues in *RDSS*, 1975, p. 381 et citées par F. DIEU, « La condition d'aptitude physique dans la fonction publique », art. cité., p. 203. Voir aussi J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, J.-P. DIDIER et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 176.

²⁰¹⁹ Sur les évolutions en ce domaine, voir A. ZARCA, *L'Égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 50 et s.

²⁰²⁰ CE, 6 avril 1979, *Picot*, Rec. p. 768 : Le Conseil d'État annule le refus du directeur départemental des postes et télécommunications d'inscrire le requérant parmi les candidats au concours d'élève-inspecteur, élève des postes et télécommunications, en invoquant son infirmité. La haute Assemblée jugea qu'être appareillé d'un

spécifiques, le juge administratif vérifiera, le cas échéant, que celles-ci sont justifiées par la nature des fonctions. Par exemple, rattaché au premier régiment d'infanterie de la Gendarmerie nationale et, à ce titre, nommé par décret présidentiel, le « militaire affecté au sein de la garde républicaine » à un emploi de motocycliste doit attester une « intégrité des mouvements du rachis²⁰²¹ », n'avoir subi « aucune amputation, totale ou partielle, de doigt », être doté d'une « très bonne paroi abdominale », ne souffrir ni de « varices » ni d'« hémorroïdes » et doit voir le relief de façon « normale ou satisfaisante »²⁰²².

Si des discriminations négatives empêchent encore certaines nominations, le statut général comporte désormais un article 6 *sexies*, introduit par la loi du 11 février 2005, qui établit des garanties particulières au bénéfice des travailleurs affectés d'un handicap : il s'agit de discriminations positives. Depuis lors, les employeurs publics, notamment, doivent prendre les mesures nécessaires pour permettre l'accès et le maintien dans l'emploi des personnels atteints d'un handicap, « sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées » ajoute toutefois l'article²⁰²³.

360. S'agissant de cette condition tenant à la capacité physique, il semble qu'aucune norme – pas même un principe général du droit –, n'impose qu'elle s'applique aux emplois consistant à nommer des non fonctionnaires. Il est cependant peu probable que soit, par exemple, nommé un secrétaire général du Gouvernement atteint d'une surdité telle qu'il ne serait pas en mesure d'accomplir sa fonction²⁰²⁴. En revanche, et réciproquement, rien n'impose non plus d'assurer l'accès de personnes handicapées à des hauts emplois ou fonctions, notamment à des emplois laissés à la décision du Gouvernement. Les discriminations positives en faveur des personnes atteintes de handicap ne se déploient pas encore pour les emplois fonctionnels de la haute administration.

Il en va différemment des discriminations positives fondées sur le sexe.

avant-bras artificiel n'empêche pas d'exercer les fonctions d'inspecteur des postes et télécommunications. Le même handicap, en revanche, s'oppose à une nomination comme chef de service de maternité (CE Sect., 12 novembre 1965, *Davéo*, *Rec.* p. 610).

²⁰²¹ Il s'agit de la colonne vertébrale.

²⁰²² Annexe IV de l'arrêté du 30 mars 2012 *fixant les conditions physiques et médicales d'aptitude exigées des personnels militaires de la gendarmerie nationale et des candidats à l'admission en gendarmerie*.

²⁰²³ Sur la situation qui, fin 2004, justifia une réflexion globale sur la diversité dans la fonction publique, voir D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, éd. Ministère de la fonction publique, 2004, 107 p.

²⁰²⁴ Le secrétaire général du Gouvernement est notamment secrétaire de séance des réunions du Conseil des ministres ; or, d'après le Conseil d'État, un dactylographe ne saurait être sourd : CE, 6 février 1952, *Cazarré*, *Rec.* p. 87.

d. Le sexe : des discriminations positives au champ d'application croissant

361. Les révolutionnaires de 1789 ne poussèrent pas la « révolution » jusqu'à considérer que les femmes pouvaient être « également admissibles » à des fonctions publiques. En vain Olympe DE GOUGES suggéra-t-elle à l'Assemblée nationale de décréter « les droits de la femme » et de retenir que « toutes les citoyennes et tous les citoyens étant égaux à ses yeux doivent être également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents²⁰²⁵ ». En France, il fallut attendre 1847 pour qu'une femme soit nommée « inspectrice générale de 2^e classe des établissements de bienfaisance²⁰²⁶ ». En 1937, le Conseil d'État dut affirmer, dans ce qui devint un arrêt de principe, que « les femmes ont l'aptitude légale aux emplois dépendant des administrations centrales des ministères », tout en admettant la légalité du décret qui réservait « au personnel masculin les emplois de rédacteur et ceux d'un grade supérieur à l'administration centrale du ministère de la guerre, en vue de satisfaire aux exigences spéciales du service dans ce ministère²⁰²⁷ ». Plus tard²⁰²⁸, Bernard TRICOT rendit compte du refus que le Président DE GAULLE lui opposa lorsqu'il suggéra qu'une femme puisse intégrer le cabinet²⁰²⁹ et Michel DEBRÉ décrivit, quant à lui, le lourd silence consterné que suscita sa volonté d'ouvrir « aux jeunes filles » en 1945 l'accès à l'ENA²⁰³⁰. Cette dernière initiative allait cependant permettre un début d'ouverture de la haute fonction publique au personnel féminin.

Il fallut attendre 1953 pour que trois femmes, toutes issues de l'ENA, intègrent le Conseil d'État²⁰³¹. Quant à l'inspection générale des finances (IGF), ce n'est qu'en 1975 que des

²⁰²⁵ O. DE GOUGES, *Les Droits de la femme*, reprod. sans nom, 1791, p. 8.

²⁰²⁶ A.-M. COLMOU, *L'Encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes. Quels obstacles ? Quelles solutions ?*, Rapport au ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1999, p. 15.

²⁰²⁷ CE, 3 juillet 1936, *Mademoiselle Bobard*, *Rec.* p. 721.

²⁰²⁸ Entre-temps, le régime de VICHY avait relégué les femmes au foyer (M. O. BARUCH, *Servir l'État français (...)*, *op. cit.*, p. 110 et s).

²⁰²⁹ B. TRICOT, *Mémoires*, Quai Voltaire, 1994, p. 213 : « Une autre fois, j'avais essayé de faire valoir qu'une de mes collègues du Conseil, Colette Même, très informée des questions sociales, serait un précieux renfort. [...] Après quelques hochements de tête, vint une phrase hésitante d'où il ressortait qu'il croyait volontiers aux mérites de cette personne (elle a plus tard, entre autres charges, rempli celle de chargée de mission auprès de Simone Veil) mais qu'il préférerait ne pas faire appel à une femme "parce que, voyez-vous, avec une femme, ce n'est jamais tout à fait la même chose", ce dont, à vrai dire, j'avais déjà cru m'apercevoir. Mais sans doute pensait-il aux relations de travail dans les bureaux ».

²⁰³⁰ M. DEBRÉ, *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 1, *op. cit.*, p. 373-374.

²⁰³¹ Il s'agit de Jacqueline BAUCHET, Louise CADOUX, Suzanne GRÉVISSE (L. ROUBAN, *Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps*, *op. cit.*, p. 14). Pour une synthèse, voir L. ROUBAN, « L'accès

femmes intégrèrent le corps²⁰³². Les recrutements dans les emplois à la décision du Gouvernement attestent eux-aussi l'inertie en ce domaine²⁰³³. Marcelle CAMPANA, première femme ambassadrice, fut nommée en 1972 ; un an plus tard était nommée la première femme recteur : Alice SAUNIER-SEÏTÉ. Il fallut attendre 1974 pour qu'une femme intègre le corps préfectoral²⁰³⁴ et 1981 pour la première nomination d'une femme préfet²⁰³⁵. Les autres emplois pourvus de façon discrétionnaire par le président de la République, en vertu de son pouvoir de nomination capté ou de ses compétences réelles, n'échappent pas à ce constat. Par exemple, une seule femme fut nommée Premier ministre²⁰³⁶. Et au Conseil constitutionnel, la première nomination d'une femme remonte à 1992²⁰³⁷.

362. Les rapports publics faisant le constat d'inégalités qui perdurent et proposant des remèdes continuent de s'accumuler²⁰³⁸, ce qui incite parfois à quelques réformes. En l'état actuel du droit positif, le statut général de la fonction publique énonce qu'« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe. Toutefois, des recrutements distincts pour les femmes et les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions. De même, des distinctions peuvent être

des femmes aux postes dirigeants de l'état », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 89-108.

²⁰³² « Elisabeth Bukspan, issue du concours de l'ENA, et Nicole Briot, ancien administrateur civil recruté au tour extérieur » (L. ROUBAN, *L'Inspection générale des Finances 1958-2000 : quarante ans de pantouflage*, op. cit., p. 7). Néanmoins, entre 1958 et 2000, seules 21 femmes furent nommées à l'IGF.

²⁰³³ Voir *infra* le récit par Michel CHARASSE de la nomination d'Isabelle BOUILLOT, première femme directrice du budget, et la manière dont il rend compte de la position de François MITTERRAND à ce sujet (p. 654 et s.).

²⁰³⁴ Il s'agit de Janine PICHON (L. ROUBAN, *Les Préfets de la République 1870-1997*, op. cit., p. 8).

²⁰³⁵ L. ROUBAN, « L'accès des femmes aux postes dirigeants de l'état », art. cité, p. 91. Toutefois, en 2000, les femmes ne représentaient que 0,5% de l'ensemble des préfets nommés sous la Cinquième République (L. ROUBAN, *Les Préfets de la République 1870-1997*, op. cit., p. 8). Remarquons que dans les dictionnaires validés par l'Académie française, et auquel nous devons nous soumettre dans ce cadre, le terme « préfète » désigne encore la « femme du préfet » (voir *TLFi-lex. préc.*, entrée « Préfète »).

²⁰³⁶ Il s'agit d'Édith CRESSON, nommée en 1991. Quant à l'accueil très sexiste que dut affronter la première femme Premier ministre en France, voir M. SINEAU, *Femmes et pouvoir sous la V^e République : de l'exclusion à l'entrée dans la course présidentielle*, Presses de Sciences Po, coll. « Fait politique », 2^e éd., 2011, p. 143-152.

²⁰³⁷ Il s'agit de Noëlle LENOIR.

²⁰³⁸ Pour ne citer que les rapports publics édités par la Documentation française : S. DAUPHIN et R. SÉNAC-SLAWINSKI, *Femmes-hommes : penser l'égalité*, 2012, 201 p. ; F. GUÉGOT, *L'égalité professionnelle hommes-femmes dans la fonction publique. Rapport au président de la République*, 2011, 69 p. ; CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES, *Retraites : droits individuels et droits familiaux, la recherche de l'égalité entre hommes et femmes*, 2006, 217 p. ; COMITÉ DE PILOTAGE POUR L'ÉGAL ACCÈS DES FEMMES ET DES HOMMES AUX EMPLOIS SUPÉRIEURS, *Vouloir l'égalité (troisième rapport)*, 2005, 175 p. ; du même comité, *Promouvoir la logique paritaire*, 2003, 159 p. ; du même comité, *Piloter l'accès des femmes aux emplois supérieurs*, 2002, 115 p. ; C. GÉNISSON, *Femmes-hommes quelle égalité professionnelle ? : la mixité professionnelle pour plus d'égalité entre femmes et hommes*, 1999, 94 p. Indiquons que la grande majorité des auteurs de ces rapports sont des femmes. Un an après le rapport précité de Mme COLMOU fut créé « le Comité de pilotage pour l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois supérieurs des fonctions publiques »... présidé par un homme, Anicet LE PORS. Le comité rendit trois rapports, cités ci-dessus.

faites entre les femmes et les hommes en vue de la désignation, par l'administration, des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement et l'avancement des fonctionnaires et de ses représentants au sein des organismes consultés sur les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires et sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, afin de concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans ces organes²⁰³⁹ ».

Des décrets ont pu soit réserver l'accès de certains corps aux hommes ou aux femmes²⁰⁴⁰, soit différencier les concours d'accès à certains corps en tenant compte du sexe des candidats²⁰⁴¹. Désormais, aucun corps de la fonction publique n'est réservé aux personnes de l'un ou l'autre sexe et la liste des corps dont les recrutements sont différenciés a été sensiblement réduite. Seuls demeurent le corps des chargés d'éducation des maisons d'éducation de la Légion d'honneur et les corps des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire²⁰⁴².

363. Des mesures de discrimination positive visant à favoriser l'accès des femmes à certaines fonctions ont été étendues, au-delà des concours, aux recrutements discrétionnaires auxquels procèdent le Gouvernement et le président de la République. Depuis les années 2000, les Gouvernements successifs ont cherché à promouvoir l'accès des femmes dans les emplois supérieurs de la fonction publique²⁰⁴³. En 2011, « les femmes ne [représentaient] que 11% des

²⁰³⁹ Art. 6 bis de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 préc., dans sa version résultant de la loi n°2001-997 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

²⁰⁴⁰ Voir, par exemple, le décret n°77-389 du 25 mars 1977 portant application de l'article 7 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires. Quatorze corps étaient visés. Onze étaient « réservés aux hommes » : ceux des agents techniques forestiers de l'ONF, des chefs de district forestier de l'ONF, des contrôleurs des brigades des douanes, des agents de constatation des brigades des douanes, des préposés et matelots des douanes, des commandants et officiers de paix de la police nationale, des gradés et gardien de la paix de la police nationale, des agents techniques du service des lignes, des conducteurs de travaux du service des lignes, des chefs de secteur du service des lignes et le corps des agents d'exploitations (branche du service des lignes). Trois corps étaient réservés aux femmes : le corps des assistantes des douanes, celui des dames éducatrices des maisons de la Légion d'honneur et celui des maitresses d'internat des maisons d'éducation de la Légion d'honneur

²⁰⁴¹ Le même décret de 1977 prévoyait que les épreuves physiques pouvaient être différentes en fonction du sexe des candidats (commissaires de police de la police nationale, inspecteurs de la police nationale, etc.) ou que le nombre de postes ouverts pouvait varier en fonction du sexe selon les besoins du service (corps des service de distribution et de l'acheminement du ministère des Postes et Télécommunication : préposés, conducteurs de travaux, etc.).

²⁰⁴² Cf. le décret n°82-886 du 15 octobre 1982 portant application de l'article 18 bis de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires dans sa version initiale et dans sa version actuellement en vigueur. Le décret a subi onze modifications depuis 1982.

²⁰⁴³ Voir les développements que consacre le professeur TAILLEFAIT à cette question : A. TAILLEFAIT, « Recrutement et cessation des fonctions », art. cité, 2011, en particulier §46. Voir également A. ZARCA, *L'Égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 635 et s. et surtout p. 730 et s.

ambassadeurs, 20 % des directeurs centraux, 10% des préfets et 21 % des recteurs²⁰⁴⁴ ». La loi n°2012-347 du 12 mars 2012 a modifié l'article 6 *quater* de la loi LE PORS de 1983 en exigeant que, notamment pour les emplois à la décision du Gouvernement et les emplois « de direction de l'État »²⁰⁴⁵, les nominations concernent, chaque année, au moins 40 % de personnes de chaque sexe.

Au reste, depuis 2012, le principe de parité est appliqué aux différents échelons décisionnels de l'État et, en particulier, à la formation du Gouvernement. Le chef de l'État a lui-même établi une limitation de son pouvoir capté de former le Gouvernement. Le principe paritaire appliqué à ce niveau de responsabilité peut être considéré comme un moyen de favoriser la féminisation des postes de pouvoir. La parité au sein du Gouvernement peut se répercuter sur la composition des cabinets ministériels, peut accélérer la promotion de directrices d'administration centrale²⁰⁴⁶ et, plus généralement, conduire à la féminisation des élites. Ceci suppose cependant que le pouvoir de désignation des ministres ne leur soit pas ôté.

364. Depuis avril 2012, un système d'information des cadres dirigeants (SICD)²⁰⁴⁷ comptabilise les cadres dirigeants de l'État, permet d'anticiper leur activité et appuie les ministres dans la recherche des nominataires futurs²⁰⁴⁸. Le 3 mai 2013 parut une circulaire du Premier ministre AYRAULT, dans laquelle la parité pour les nominations des « cadres dirigeants de l'État » est présentée comme une priorité. Elle enjoint aux ministres, « pour la nomination à chaque emploi, [d'adresser] obligatoirement trois propositions [devant]

²⁰⁴⁴ L. FARGUES, « Parité, le fruit défendu », *Acteurs publics*, n°76, 2011 (dossier spécial consacré à la parité), p. 46. Indiquons que les salaires présentent également des disparités non négligeables à ces postes de responsabilité (voir, art. cité., p. 47). Un rapport au président de la République daté de 2011 relève que « au total, les emplois à la décision du gouvernement et les emplois dits d'encadrement supérieur font état d'un écart salarial de 7 % entre le salaire médian des hommes et celui des femmes en 2008, au désavantage de ces dernières » (F. GUÉGOT, *L'égalité professionnelle hommes-femmes dans la fonction publique (...)*, préc., p. 24).

²⁰⁴⁵ Voir le décret n°2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique fixant notamment la liste des emplois concernés par une telle mesure.

²⁰⁴⁶ Pour la première fois en 2012, une femme, Patricia BLANC, fut nommée à « la tête d'une direction "métier" » du ministère de l'écologie sur proposition de la ministre d'alors, Mme Delphine BATHO. Il s'agit de la direction générale de la prévention des risques (X. S., « Des promotions à l'écologie », *Acteurs publics*, n°93, mars 2013, p. 53).

²⁰⁴⁷ Une circulaire du Premier ministre, en février 2010, avait préalablement créé le « vivier des cadres dirigeants de l'État » visant à « identifier le plus tôt possible, dans chaque administration, les cadres à haut potentiel, susceptibles de devenir cadres dirigeants à plus ou moins brève échéance ».

²⁰⁴⁸ A. TEYSSIER *et alii.*, *L'encadrement supérieur et dirigeant de l'État*, Ministère de l'Intérieur, septembre 2014, p. 24 et s.

comporter au moins un candidat de chaque sexe²⁰⁴⁹ » et ajoute que ces propositions doivent être motivées et classées par ordre de préférence.

365. Cette circulaire appelle plusieurs remarques. D'abord, en même temps qu'elle confirme l'importance du pouvoir de désignation des ministres, elle ne lui donne pas toute sa portée, puisqu'elle précise que la décision relève *in fine* du Premier ministre et du président de la République : « c'est au ministre responsable qu'il revient de rechercher et de proposer les noms de celles et ceux qui dirigeront ses services [...]. Pour autant, le Premier ministre qui dispose de l'administration [*sic*²⁰⁵⁰] et le président de la République qui nomme à ces emplois doivent pouvoir disposer d'un pouvoir d'appréciation²⁰⁵¹ ». Ensuite, cette circulaire ne s'applique, « dans un premier temps, qu'aux nominations aux emplois de directeur d'administration centrale et de délégué interministériel ainsi qu'à celles des personnes assurant la direction générale d'un établissement public, sauf disposition contraire prévue par les statuts de l'établissement ». En d'autres termes, une forme de discrimination positive est introduite pour certains emplois à la décision du Gouvernement mais non pour l'ensemble des nominations décidées de façon discrétionnaire. La réalisation de la parité paraît encore lointaine²⁰⁵² : en juillet 2014, le « vivier des cadres dirigeants de l'État » comptait 268 femmes pour 1333 personnes au total. Les femmes représentaient donc 20% des cadres dirigeants susceptibles d'être nommés²⁰⁵³.

²⁰⁴⁹ Circ. signée le 3 mai 2013, NOR : PRMX1311658C, Numéro interne : 5657/secrétariat général. Publiée en ligne : http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2013/05/cir_36915.pdf

²⁰⁵⁰ L'article 20 de la Constitution énonce que « le Gouvernement [...] dispose de l'administration ».

²⁰⁵¹ Circ. préc., p. 2.

²⁰⁵² Voir le numéro spécial que la *Revue française d'administration publique* a consacré à la question du recrutement des femmes dans la haute fonction publique : « La place des femmes dans les élites administratives », n°145, 2013, 260 p. Voir en particulier V. AZIMI, « La féminisation des administrations françaises : grandes étapes et historiographie (XVIII^e siècle - 1945) », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 11-38 ; J. SIWEK-POUYDESSEAU, « Le recrutement des femmes dans les concours de catégorie A : la source des viviers », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 65-88 ; L. ROUBAN, « L'accès des femmes aux postes dirigeants de l'état », art. cité, p. 89-108 ; F. EDEL, « Les instruments juridiques de l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois publics : depuis le droit à l'égalité jusqu'aux politiques d'égalité », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 109-135.

Le lecteur pourra aussi consulter le rapport destiné aux services administratifs : DGAFP, *Dispositif des nominations équilibrées*, bilan 2013, 63 p. Voir les statistiques, parfois accablantes, qui y sont présentées en annexe. On y constate que, dans les ministères dirigés par des femmes ministres, le taux d'emploi féminin aux hauts emplois est plus important que le taux d'emploi des hommes. L'inverse est observable s'agissant des ministères ayant à leur tête un ministre masculin.

²⁰⁵³ Ces chiffres sont fournis in A. TEYSSIER *et alii.*, *L'encadrement supérieur et dirigeant de l'État*, Ministère de l'Intérieur, septembre 2014, p. 26.

e. L'âge : une pseudo-condition

366. L'âge des personnes nommées de façon discrétionnaire ou non pose des questions importantes et présente d'indéniables enjeux de pouvoirs²⁰⁵⁴. Dominique CHAGNOLLAUD rappelle en ce sens que, « sous le Second Empire, [...] l'abaissement de la limite d'âge [a pu constituer] un moyen déguisé d'épuration²⁰⁵⁵ » ; la mesure occasionna des départs précipités. La même méthode fut utilisée par la loi du 13 septembre 1984²⁰⁵⁶ qui libéra de façon anticipée vingt-quatre emplois au Conseil d'État, trente-quatre à la Cour des comptes et quinze à l'Inspection des finances²⁰⁵⁷. La jurisprudence est en effet très ferme à ce sujet : « la survenance de la limite d'âge des agents publics, telle qu'elle est déterminée par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, entraîne de plein droit la rupture du lien de ces agents avec le service²⁰⁵⁸ ».

À l'inverse, l'abaissement de la limite d'âge peut permettre de faciliter les recrutements discrétionnaires en autorisant la nomination d'individus qui, sans cela, ne pourraient y prétendre. Une telle mesure cache parfois un détournement de pouvoir. En 1995, le juge administratif n'a pas manqué d'annuler le décret de 1992 qui modifiait le statut particulier du corps de l'inspection générale de l'administration en jugeant qu'il n'avait, « en réalité, d'autre objet [...] que de permettre la nomination, au titre de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984, d'une personne déterminée²⁰⁵⁹ ».

367. Les nominations au tour extérieur, puisqu'elles entraînent titularisation, doivent respecter les limites d'âge établies par le statut général et les statuts particuliers. S'il est saisi, le juge vérifie que les candidats ainsi nommés remplissent les conditions d'âge requises²⁰⁶⁰.

²⁰⁵⁴ Les conditions tenant à l'âge des fonctionnaires sont largement remises en cause ces dernières années. Car si l'ambition première de l'État est toujours de recruter des jeunes gens susceptibles de consacrer leur carrière au service public, la permanence d'un taux de chômage élevé a incité les Gouvernements successifs à permettre des reconversions tardives dans l'administration (G. MARCOU, *L'Accès aux emplois publics*, *op. cit.*, p. 173). Sur cette question voir aussi, A. TAILLEFAIT, « Recrutement et cessation des fonctions », art. cité, §90 et s.

²⁰⁵⁵ D. CHAGNOLLAUD, *Le Premier des ordres (...)*, *op. cit.*, p. 263. Dans le même sens, voir R. MARTINAGE, « L'épuration sous les régimes monarchiques », *Histoire de la Justice*, n°6, 1993, p. 33-57.

²⁰⁵⁶ Loi n°84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public. Voir *supra* p. 417 et s.

²⁰⁵⁷ D. CHAGNOLLAUD, *Le Premier des ordres (...)*, *op. cit.*, p. 262. Voir également, M.-A. COHENDET, *La Cohabitation (...)*, *op. cit.*, p. 195.

²⁰⁵⁸ Il s'agit d'une jurisprudence constante : CE Sect., 12 novembre 1965, *Baudier*, *Rec.* p. 611.

²⁰⁵⁹ CE, 13 janvier 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, *Rec.* p. 23.

²⁰⁶⁰ CE, 5 juin 1991, *Association Amicale des magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes*, *Rec. T.* p. 994.

L'exigence s'agissant des nominations laissées à la décision du Gouvernement est cependant plus subtile. Le Conseil d'État eut à traiter cette question à l'occasion de l'examen du décret nommant Gilles MARTINET en tant qu'ambassadeur de France en Italie. Dans sa décision du 20 février 1985, *Syndicat CGT-FO du personnel des affaires étrangères*, il jugea que le nominataire pouvait légalement être nommé ambassadeur de France auprès de la République italienne puisqu'il n'était concerné ni par la limite d'âge des fonctionnaires ni par celle des employés auxiliaires ou agents contractuels²⁰⁶¹. En d'autres termes, le Conseil d'État décida que, pour les nominations de fonctionnaires à des postes dont la nomination est laissée à la discrétion du Gouvernement, les règles statutaires relatives à l'âge du fonctionnaire concerné s'imposent à l'autorité de nomination qu'il s'agisse du Gouvernement, en droit, ou du président de la République, en fait. En revanche, selon le juge administratif, ces règles n'ont pas vocation à jouer dans le cas où le nominataire n'est pas fonctionnaire²⁰⁶².

L'étude des conditions tenant à la personne à nommer montre combien sont minimes les exigences pesant sur les participants au processus de désignation pour les emplois dont la nomination est discrétionnaire : il est possible de choisir librement le nominataire parmi les personnes, hommes ou femmes, de nationalité française (et parfois citoyens européens), majeures, jouissant de leurs droits civiques, présentant les conditions physiques et mentales requises pour les besoins du service et, dans certains cas, sans limite d'âge. Elles encadrent de façon très résiduelle le pouvoir de désignation et ne préviennent nullement le favoritisme. Si cette discrétion pose question lorsqu'elle est aux mains d'un Gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale, elle pose davantage problème encore lorsque, captée par l'Élysée, elle relève du président de la République. Ce pouvoir discrétionnaire trouve cependant de plus puissantes limites dans l'exigence de la recherche des compétences et mérites des personnes nommées. Encore faut-il que le non respect de cette exigence puisse être sanctionné.

²⁰⁶¹ Voir CE, 20 février 1985, *Syndicat CGT-FO du personnel des Affaires étrangères*, *Rec. T.*, p. 676.

²⁰⁶² Cf. CE Ass., 31 mai 2006, *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*, *Rec.* p. 274.

2. Les « vertus et talents » de la personne à nommer : des limitations puissantes mais peu sanctionnées

368. L'objectif premier du concours est d'assurer l'égalité des candidats : égalité des chances de réussite, égalité dans l'évaluation commandant le classement. La finalité de ce mode de recrutement est de choisir les meilleurs, ce qui précisément le distingue de l'examen²⁰⁶³. Les procédures qui exceptionnellement permettent des recrutements sans concours posent frontalement la question des « vertus et talents²⁰⁶⁴ » des candidats ainsi nommés et comportent « un double risque, celui de la politisation et celui de l'incompétence²⁰⁶⁵ ». Quoique les mots aient évolué depuis 1789, ce qu'ils recouvrent est sensiblement identique. C'est au prix d'un glissement lexical, traduisant un glissement conceptuel, que les vertus et talents²⁰⁶⁶ d'hier sont devenus, par dénaturalisation et sécularisation, les mérites et compétences²⁰⁶⁷ d'aujourd'hui.

369. Les nominations au tour extérieur, d'une part, et les nominations à la décision du Gouvernement, d'autre part, interrogent directement le problème du recrutement fondé sur les mérites et compétences. Quant aux premières²⁰⁶⁸, le Conseil constitutionnel, après avoir jugé

²⁰⁶³ La distinction est bien connue. Après avoir rappelé la définition fournie par le *Vocabulaire* de G. CORNU, le professeur MELLERAY ajoute que « le nombre de places offertes à un concours est en principe limité, alors que la réussite à un examen est uniquement subordonnée à l'obtention d'un résultat prédéterminé » (F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 277).

²⁰⁶⁴ Pour reprendre les termes de l'article 6 de la DDHC de 1789.

²⁰⁶⁵ J. MÉNIER, *Les Inspections générales*, Berger-Levrault, 1988, p. 108, cité par A. LEGRAND, « Discrétion ou contrainte : les nominations aux emplois supérieurs de l'État » (note sur CE Ass., 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration au ministère de l'intérieur, Rec.* p. 275), *D.*, p. 2432.

²⁰⁶⁶ Les dictionnaires du XVIII^e siècle attestent que vertus – « habitude, disposition habituelle de l'âme qui porte à faire le bien et à fuir le mal » (*Dictionnaire de l'Académie*, 5^e éd., 1798, entrée « Vertu ») – et talents – « don de la nature, disposition et aptitude naturelle pour certaines choses, capacité, habileté » (*Ibid.*, entrée « Talent ») – étaient conçus comme des dons naturels et signes de la part divine dont l'homme, créature, serait porteur. Aussi lit-on dans l'*Encyclopédie* de DIDEROT et d'ALEMBERT que « la vertu est une, simple et inaltérable dans son essence, elle est la même dans tous les temps, tous les climats, tous les gouvernements ; c'est la loi du Créateur qui donnée à tous les hommes, leur tient partout le même langage : ne cherchez donc pas dans les lois positives, ni dans les établissements humains, ce qui constitue la vertu ; ces lois naissent, s'altèrent, et se succèdent comme ceux qui les ont faites ; mais la vertu ne connaît point ces variations, elle est immuable comme son Auteur ».

²⁰⁶⁷ La compétence désigne le fait pour une personne d'avoir « une connaissance approfondie d'une matière lui conférant la capacité d'en bien juger » (*TLFi-lex. préc.*, entrée « Compétence »). Nous utiliserons en ce sens le terme compétence ou ses synonymes proches : habilité, capacité, expertise, qualification, etc. Plus spécifiquement, nous dirons qu'elle entretient un rapport avec les qualifications objectivement déterminées par la possession de diplômes et titres : compétence certifiée. Les mérites entretiennent, quant à eux, un lien avec l'évaluation morale des qualités personnelles ; en ce sens ils se rapprochent de la vertu du XVIII^e siècle. Mais ils peuvent également correspondre au versant pratique de la compétence (compétences acquises par l'expérience ; à ce sujet voir A. ZARCA, *L'Égalité dans la fonction publique, op. cit.*, p. 180 et s.).

²⁰⁶⁸ Quant à l'« exigence d'égalité dans les nominations au tour extérieur », voir *ibid.*, p. 96 et s.

conforme à la Constitution la création d'une « troisième voie d'accès » à l'ENA²⁰⁶⁹, décida, en 1984, que les recrutements au tour extérieur n'autorisaient nullement le Gouvernement à déroger à l'article 6 de la DDHC : « si [...] la loi réserve au Gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination d'inspecteurs généraux ou de contrôleurs généraux au tour extérieur, [elle] ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui exige que le choix des candidats soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur seront confiées²⁰⁷⁰ ». Le pouvoir discrétionnaire de désignation trouverait ainsi une limite dans une norme de valeur constitutionnelle²⁰⁷¹. Conformément aux conclusions du commissaire VIGOUROUX, le Conseil d'État ne tarda pas à son tour à se reconnaître compétent pour étendre son contrôle des actes de nomination au tour extérieur à l'erreur manifeste d'appréciation²⁰⁷². Dans deux arrêts remarquables de 1988²⁰⁷³, la haute Assemblée donna « tous ses effets à la décision [suscitée] du Conseil

²⁰⁶⁹ Voir Cons. const., décis. n°82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, *JORF* du 15 janvier 1983, p. 354, *Rec.* p. 35.

²⁰⁷⁰ Cons. const., décis. n°84-179 DC du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, *JORF* du 14 septembre 1984, p. 2908, *Rec.* p. 73, cons. 17. Cette décision fait immédiatement suite à la décision n°84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances* (*JORF* du 4 septembre 1984, p. 2804, *Rec.* p. 69) dans laquelle le Conseil énonça la même réserve d'interprétation : « Considérant qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours et qu'aucune disposition de la loi ne saurait être interprétée comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

²⁰⁷¹ Tel est bien le sens de la réserve d'interprétation à laquelle procéda en l'occurrence le haut Conseil.

²⁰⁷² Les typologies quant à l'intensité du contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir varient selon les auteurs. Nous retiendrons les distinctions suivantes : le *contrôle minimum* consiste en l'examen de la légalité externe de l'acte attaqué ainsi que, s'agissant de la légalité interne, du contrôle du détournement de pouvoir, de la violation directe de la Loi, des motifs de droit, tandis que le contrôle des motifs de fait se limitent à l'examen de leur exactitude matérielle ; le *contrôle restreint* comporte les éléments du contrôle minimum auxquels s'ajoute un contrôle des motifs de fait restreint à l'erreur manifeste d'appréciation ; le *contrôle normal* comporte les éléments du contrôle restreint mais le juge s'enquiert également de la qualification juridique des faits ; le *contrôle maximum* enfin comporte les éléments du contrôle normal, auxquels le juge ajoute un examen de la proportionnalité de la mesure attaquée ou un bilan coût/avantage.

Certains auteurs distinguent quant à eux le contrôle *infra-minimum* ; le contrôle minimum (qu'ils appellent aussi restreint) et le contrôle normal (ou entier). En ce sens, voir notam. M. LOMBARD, G. DUMONT et J. SIRINELLI, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « HyperCours », 2013, p. 180 et s. Dans le même sens, B. SEILLER et M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « HyperCours », 2014, p. 114 et s.

À ce sujet, voir M. DEGUERGUE, « Une controverse doctrinale latente au contrôle des motifs de fait », in *Le Droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2007, p. 377-397.

²⁰⁷³ CE Ass., 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils c./ Dupavillon*, *Rec.* p. 449 (au sujet de la nomination au tour extérieur d'un inspecteur général de l'administration des affaires culturelles ; le juge conclut à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation compte tenu des qualifications et de l'expérience du bénéficiaire de la nomination) ; CE Ass., 16 décembre 1988, *Bleton c./ Sarazin*, *Rec.* p. 451. Voir la note critique de A. BALDOUS et J.-P. NÉGRIN, « Le contrôle de l'erreur d'appréciation des nominations au tour extérieur est-il compatible avec la logique de cette institution selon la loi du 13 septembre 1984 ? » (note), *RFDA*, 1989, p. 532-536.

constitutionnel²⁰⁷⁴ » au point de censurer, dans la seconde espèce, la nomination d'un ancien marin de la marine marchande aux fonctions d'inspecteur général des bibliothèques²⁰⁷⁵. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation auquel le juge procède permet ainsi de contrecarrer le « risque de favoritisme politique ou personnel²⁰⁷⁶ ». Cette jurisprudence paraît bien installée comme en témoignent de récentes affaires, souvent médiatisées²⁰⁷⁷.

Quant aux emplois à la décision du Gouvernement, leur contentieux s'est avant tout déployé sur le terrain de la révocation, avant de se voir appliquer, s'agissant de la nomination, le même raisonnement que pour les recrutements au tour extérieur. À la fin des années 80, des auteurs pouvaient affirmer que les nominations à la décision du Gouvernement étaient « entièrement libres »²⁰⁷⁸. En dépit de l'article 6 de la DDHC et de l'idéal de mérite qu'il porte, de ce point de vue, nul critère de compétence ne devait donc guider ces décisions. Il a fallu attendre les années 2000 pour que les juridictions françaises déniaient explicitement une telle affirmation rendant hommage à l'œuvre révolutionnaire. Concluant en 2006 sur l'affaire *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*²⁰⁷⁹, le commissaire OLSON rappela qu'« une nomination sur un emploi à la décision du Gouvernement n'est, en droit, subordonnée à aucune condition de diplôme²⁰⁸⁰ ». Pour autant, cela ne signifie nullement que ces nominations discrétionnaires puissent être prononcées sans égard à la compétence du bénéficiaire. En 2010, le Conseil constitutionnel fut saisi d'une QPC visant directement à critiquer la non-conformité à la Constitution de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984.

²⁰⁷⁴ C. VIGOUROUX (concl.), *RFDA*, 1989, p. 524.

²⁰⁷⁵ CE Ass., 16 décembre 1988, *Bleton c./ Sarazin*, *Rec.* p. 451. Cette seconde décision, outre la censure à laquelle elle aboutit, est plus explicite que la première en ce que le Conseil d'État y énonce expressément les termes de l'article 6 de la DDHC et ajoute que « l'appréciation des capacités des candidats, à laquelle se livre l'autorité investie du pouvoir de nomination, doit s'effectuer en tenant compte des attributions confiées aux membres du corps dont il s'agit et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions ».

²⁰⁷⁶ N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 659. Le professeur BELLOUBET écrit : « Le risque de favoritisme politique ou personnel est donc patent. Ce risque peut toutefois être contrecarré par le contrôle d'erreur manifeste d'appréciation exercé par le juge administratif ».

²⁰⁷⁷ La nomination d'Arno KLARSFELD au Conseil d'État par la voie du tour extérieur fut soumise au Conseil d'État qui rejeta la requête fautive, pour le requérant, d'intérêt à agir : CE, 25 février 2011, *Casanovas*, *AJDA*, 2011, p. 418. Voir aussi la décision rendue au sujet de la nomination de Dominique TIBÉRI au poste de contrôleur général économique et financier de première classe : CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières*, *Rec.* p. 655.

²⁰⁷⁸ Voir N. BELLOUBET-FRIER, *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, *op. cit.*, p. 661. L'auteur indique qu'elles sont « entièrement libres sous réserve des conditions générales d'accès à la fonction publique ». Cf. A.-M. LE POURHIET, « Les emplois à la discrétion », art. cité, p. 125. L'auteur émet une double réserve : que la personne nommée respecte les conditions générales établies par l'article 5 du statut de juillet 1983 et qu'il soit procédé aux consultations requises le cas échéant.

²⁰⁷⁹ CE Ass., 31 mai 2006, *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*, *Rec.* p. 274.

²⁰⁸⁰ T. OLSON, « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du Gouvernement » (concl.), *AJDA*, 2006, p. 1903.

Réitérant l'énoncé des motifs qu'il avait formulé en 1984, le haut Conseil rejeta l'argument du requérant²⁰⁸¹. Quelques mois plus tard²⁰⁸², le Conseil d'État put faire sienne cette décision en jugeant illégaux les décrets par lesquels furent nommés ambassadeurs deux conseillers du Président SARKOZY ne justifiant pas des compétences d'encadrement requises pour les fonctions auxquelles on les destinait²⁰⁸³.

370. L'allégation selon laquelle il serait possible de déroger à la recherche de compétence dans les cas d'exceptions au concours fut donc écartée tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'État s'agissant des nominations au tour extérieur et des nominations à la décision du Gouvernement. La jurisprudence a contribué à établir une échelle de discrétionnalité au bénéfice du Gouvernement en matière de nomination. Cela tient à l'intensité du contrôle que le juge entend opérer sur ces décisions. Le contrôle est restreint à l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant des nominations au tour extérieur et des nominations à la décision du Gouvernement. En revanche, il semble que le juge exerce un contrôle normal lorsque les textes établissent des conditions de compétence, tout en maintenant une marge de décision en opportunité au profit du Gouvernement. Par exemple, un décret de 1982, faisant suite à la loi de nationalisation, requerrait que les membres des conseils d'administration des banques nationalisées fussent choisis « soit en raison de leur compétence en matière bancaire et financière, en matière de développement des échanges internationaux ou en matière technologique soit en raison de leur compétence dans les secteurs industriels, commerciaux, immobiliers, agricoles ou artisanaux, soit encore en raison de leur connaissance des besoins régionaux et locaux²⁰⁸⁴ ». Saisi d'un litige à ce sujet, le Conseil d'État opéra un contrôle normal de la qualification juridique des faits²⁰⁸⁵ : il vérifia

²⁰⁸¹ Cons. const., décis. n°2010-94 QPC du 28 janvier 2011, *Casanovas [Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique]*, *JORF* du 29 juillet 2011, p. 1896, *Rec.* p. 91.

²⁰⁸² L'application des statuts, lorsque le bénéficiaire d'une telle nomination est un fonctionnaire, n'est pas non plus dépourvue de tout lien avec la question des compétences et avec celle de la liberté d'appréciation laissée au Gouvernement en ce domaine. Se référant explicitement, tant dans les visas que dans les motifs de son jugement, à la décision 94 QPC, le Conseil d'État juge que le fonctionnaire nommé à un emploi à la décision du Gouvernement doit remplir les conditions statutaires que le statut de son corps de rattachement exige le cas échéant. Comme pour la question des limites d'âge, le Gouvernement est donc plus libre lorsqu'il nomme une personne étrangère à la fonction publique que lorsqu'il nomme un fonctionnaire. Voir en ce sens, CE Ass., 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration au ministère de l'intérieur*, *Rec.* p. 275.

²⁰⁸³ CE, 23 juillet 2012, *Syndicat CFDT ministère des Affaires étrangères*, *Rec. T.* p. 803.

²⁰⁸⁴ Décret n°82-321 du 6 avril 1982 *fixant, pour l'application de la loi de nationalisation du 11 février 1982, les conditions de nomination des membres des conseils d'administration des banques et compagnies financières nationalisées*. Tel est le titre officiel du décret.

²⁰⁸⁵ CE, 6 mars 1987 *Confédération nationale du logement du Nord Pas de Calais*, *Rec. T.* p. 897. Dans le même sens, CE, 11 décembre 1987, *Syndicat des travailleurs de la recherche extra métropolitaine*, *Rec.* p. 416 : au

« si les faits de l'espèce [correspondaient] à la condition fixée par les textes²⁰⁸⁶ ». Son contrôle dépassa le simple examen de l'erreur manifeste, ce qui eut pour effet de réduire la marge d'appréciation des autorités de nomination.

371. À l'opposé, certaines nominations paraissent échapper à la recherche des compétences et mérites. L'absence de contrôle juridictionnel ne doit pourtant pas tromper. La recherche de compétence et son versant négatif, le rejet de la médiocrité, peuvent commander les nominations à des fonctions publiques au sens le plus large que lui confère la langue du XIX^e siècle.

En France, la nomination des ministres ne semble nullement conditionnée, en droit, par une exigence de compétence²⁰⁸⁷. Pourtant, il semble possible de soutenir que l'article 6 de la DDHC déploie ses exigences jusqu'à ce niveau de responsabilité et pourrait trouver une sanction dans les mécanismes constitutionnellement organisés de mise en cause de la responsabilité gouvernementale. S'agissant des bénéficiaires de la Légion d'honneur, il est également possible d'admettre que seuls les « vertus et talents » puissent fonder une décision légale. Le juge s'est pourtant refusé à vérifier l'appréciation des mérites motivant des décisions d'octroi : il n'opère qu'un contrôle minimum²⁰⁸⁸. De même, à l'inverse des nominations dans les autres cours constitutionnelles européennes²⁰⁸⁹, pour les nominations des membres du Conseil constitutionnel, aucune condition n'est explicitement requise²⁰⁹⁰. Dans cette hypothèse encore, il semble pourtant que l'article 6 de la DDHC trouve à s'appliquer en dépit de l'absence de contrôle juridictionnel pesant sur ces décisions de nomination²⁰⁹¹. Telle était la position défendue par le commissaire du Gouvernement SALAT-BAROUX dans ses conclusions sur l'affaire *Mme Ba*²⁰⁹² ; telle est également la thèse

sujet de la nomination du directeur général de l'Institut français de recherche scientifique pour le développement et la coopération [ex-Office de la recherche scientifique et technique outre-mer (ORSTOM) devenu Institut de recherche pour le développement (IRD)].

²⁰⁸⁶ P.-L. FRIER, « Motifs (contrôle des) », art. cité, §70.

²⁰⁸⁷ À l'inverse, par exemple, l'article 69 de la Constitution finlandaise de 2000, dans sa version en vigueur, exige que le Chancelier de justice possède « des connaissances juridiques approfondies ». La Constitution finlandaise de 1919, en son article 36, ajoutait que « le ministre chargé du département de la justice ainsi qu'au moins un autre ministre doivent être versés en droit ».

²⁰⁸⁸ CE, 10 décembre 1986, *Loredon, Rec.*, p. 516.

²⁰⁸⁹ Pour de plus amples développements, voir *infra* p. 550 et s.

²⁰⁹⁰ Pour un témoignage depuis l'intérieur du Conseil constitutionnel et une analyse sociologique, voir D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. « nrf essais », 2010, p. 210 et s.

²⁰⁹¹ *Contra* notam. J. THOMAS, *L'Indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 146.

²⁰⁹² F. SALAT-BAROUX, « Persistance des actes de gouvernement (la désignation des membres du Conseil constitutionnel) » (concl. contraires), *RFDA*, 1999, p. 576. Le commissaire invitait le Conseil d'État à opérer un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation. Il ne cita pas, pour autant, l'article 6 de la DDHC (voir CE,

que soutint, notamment, le professeur WACHSMANN²⁰⁹³. Comme le font remarquer plusieurs auteurs, en fait, souvent des juristes furent nommés au Conseil constitutionnel²⁰⁹⁴ ; cependant, en droit, il faudrait « s'en remettre à la sagesse²⁰⁹⁵ » de ceux-là mêmes que les normes devraient encadrer.

*
* *

Conclusion du chapitre

372. L'exercice de la compétence de nomination présidentielle, aussi élevés, insignes et/ou politiques que soient les postes pourvus, n'échappe pas au droit. Une pluralité de règles contribue à sa limitation et son respect est parfois soumis au contrôle du juge. Les décisions de nomination s'inscrivent dans un processus qui, suivant des formes et procédures déterminées, consiste le plus souvent à combler une vacance. Au-delà de telles exigences, un certain nombre de règles – auquel échappe seulement le pouvoir de nomination arbitraire bénéficiant au président de la République – limite le choix des bénéficiaires des nominations. À cet égard, deux analyses possibles se font face.

373. D'une part, puisque la compétence de nomination du président de la République est principalement nominale, il faut admettre que les normes encadrant le choix des nominataires ne s'imposent pas au chef de l'État mais aux autres participants au processus de désignation et *in fine* au Gouvernement. S'il existe quelque chose comme un pouvoir de nomination discrétionnaire, il ne revient pas, en droit, au président de la République, sauf pour ses compétences réelles. Celles-là seules relèvent de son pouvoir de désignation habilité.

9 avril 1999, *Mme Ba*, Rec. p. 124).

²⁰⁹³ P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », art. cité, p. 17.

²⁰⁹⁴ Outre la très riche analyse des nominations au Conseil constitutionnel par Julien THOMAS (J. THOMAS, *L'Indépendance du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 133-177), ce constat est également proposé par le professeur VERPEAUX (M. VERPEAUX, « Conseil constitutionnel », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. n°1410, 2014, §75 et s).

²⁰⁹⁵ J. THOMAS, *Loc. cit.*, p. 146.

D'autre part, cependant, dès lors que ce dernier s'est approprié le pouvoir de désignation, alors, en fait, il dispose bel et bien d'un pouvoir discrétionnaire. Mais, même en ce cas, le droit opère sur ce pouvoir capté. Si certaines règles procédurales s'imposent pleinement au chef de l'État, les conditions de fond ne sont pas efficaces. Les règles relatives à l'état de la personne nommée n'amputent guère la liberté de choix. En revanche, le principe d'égalité d'admissibilité, fondé sur les « vertus et talents », s'impose quels que soient les « dignités, places et emplois publics » qu'il s'agit de pourvoir. Si les juges ont admis cette dernière conclusion s'agissant des nominations au tour extérieur et des nominations laissées à la décision du Gouvernement, leur contrôle est encore partiel, puisqu'il ne fait pas droit à la généralité dont est indubitablement porteur l'article 6 de la DDHC.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

374. Deux formes classiques de contrôle pèsent sur l'exercice de la compétence présidentielle de nomination. D'une part, une pluralité de participants intervient dans le processus décisionnel en matière de nomination. D'autre part, un certain nombre de normes contraint le choix des bénéficiaires des nominations. Ces deux modes de contrôle ont pour horizon la mitigation du pouvoir. Elles répondent aux questions démocratiques que l'Histoire et le droit comparé des nominations ont permis d'identifier : éviter la concentration de la compétence de nomination et rechercher les mérites en assurant l'égalité des espérances pour atténuer les privilèges et la politisation.

En premier lieu, la *pluralité des participants à l'élaboration des nominations* peut être analysée comme la confirmation du caractère essentiellement formel de la compétence présidentielle : la distribution du pouvoir décisionnel et l'existence d'un certain nombre de coauteurs des nominations confirment que le pouvoir de désignation n'appartient pas au président de la République. Mais il a été démontré que, capté par le chef de l'État, ce pouvoir peut ruiner la modération à laquelle contribue la distribution de l'exercice de la compétence de nomination entre différents acteurs. Sans être disqualifiées comme normes valides, les règles tenant à la diversité des acteurs sont rendues inefficaces par le pouvoir de nomination lui-même.

En second lieu, une *pluralité de règles* œuvre à la limitation de l'exercice de la compétence présidentielle de nomination. Cependant, d'une part, un pouvoir de nomination arbitraire du chef de l'État perdure et se dérobe à tout contrôle. Il coexiste, d'autre part, avec un pouvoir discrétionnaire en la matière, qui, par définition, n'échappe pas à la légalité. La démonstration du caractère lié de la compétence du chef de l'État oblige à considérer que cette discrétion revient aux autres participants aux nominations. Toutefois, là encore, captant le pouvoir de nomination, le président de la République a capté le pouvoir de désignation discrétionnaire. Ce dernier n'en est pas moins juridiquement encadré, mais de manière encore ténue et qui ne permet guère d'assurer des nominations fondées sur le mérite. Au reste, certains actes demeurent injusticiables.

Ces modes de contrôle font aisément place à une double analyse : l'une, fondée sur l'examen des normes, prend acte du caractère formel de la compétence présidentielle de nomination ; l'autre, fondée sur l'observation empirique des pratiques, s'accommode du constat factuel de

la captation du pouvoir de nomination. Oscillant entre encadrement du fait et du droit, ces contrôles demeurent inefficaces à satisfaire les exigences démocratiques qui fondent leur existence.

Une forme de contrôle plus innovante a été introduite en 2008, qui semble pleinement assumer un présupposé présidentieliste : le contrôle parlementaire des désignations présidentielles.

**TITRE SECOND. LES LIMITES DU CONTRÔLE
PARLEMENTAIRE DES NOMINATIONS
PRÉSIDENTIELLES**

« À tous ceux qui réfléchissent sur nos futures institutions, je voudrais suggérer l'hypothèse de travail suivante : il faut toujours penser que le pouvoir peut tomber dans les mains de l'homme le plus dangereux ».

M. DUVERGER, in G. VEDEL et F. GOGUEL, *Les Institutions politiques de la France*, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 1964, p. 17.

375. À la suite du discours prononcé à Épinal par le Président SARKOZY le 12 juillet 2007²⁰⁹⁶ fut créé par décret²⁰⁹⁷ le « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République » présidé par Édouard BALLADUR. Aux termes de l'article 1^{er} dudit décret, le comité était « chargé d'étudier les modifications de la Constitution et des textes qui la complètent propres à répondre aux préoccupations exprimées par le président de la République dans la lettre annexée [à ce] décret, et de formuler toutes les autres recommandations qu'il jugera utiles ». La « première » et « principale » des « préoccupations exprimées par le président de la République » était de « réfléchir à la nécessité de redéfinir les relations entre les différents membres de l'exécutif d'une part, aux moyens de rééquilibrer les rapports entre le Parlement et l'exécutif, d'autre part »²⁰⁹⁸. À cette fin, « un certain nombre de limites aux pouvoirs du président de la République » devaient être établies et, parmi elles, l'organisation d'un « droit de regard du Parlement sur les nominations les plus importantes »²⁰⁹⁹.

376. *Une V^e République plus démocratique*²¹⁰⁰ : tel est l'intitulé prometteur du rapport remis au président de la République à la fin du mois d'octobre 2007. La huitième proposition de ce rapport répondait partiellement au vœu présidentiel en prescrivant que pour certaines

²⁰⁹⁶ La version « presse » du discours est parue dans le journal *Le Monde* du 12 juillet 2007.

²⁰⁹⁷ Décret n°2007-1108 du 18 juillet 2007, *JORF* du 19 juillet 2007, p. 12158. Sur la création de « comités de réformes » par le président de la République, voir *supra* p. 311 et s.

²⁰⁹⁸ Lettre de mission du Président de la République annexée au décret précité, *JORF* du 19 juillet 2007, p. 12159 et s.

²⁰⁹⁹ *Idem.*

²¹⁰⁰ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16.

nominations les parlementaires puissent se prononcer pour avis, préalablement à l'édiction de l'acte. Le but annoncé par les membres du comité était de permettre au Parlement²¹⁰¹ « de vérifier les compétences de l'intéressé et d'exprimer clairement leur avis à l'issue de séances publiques d'audition²¹⁰² », tout en conservant au président de la République « son entier pouvoir de nomination²¹⁰³ ». Dans un document annexé au rapport²¹⁰⁴, le comité compara quatre procédures d'avis parlementaires : celles du Royaume-Uni, de l'Allemagne, des institutions de l'Union européenne et des États-Unis d'Amérique. Au-delà du principe partagé, ces quatre références ne présentent presque aucun point commun entre elles²¹⁰⁵. Une étude plus générale, même circonscrite à l'Union européenne²¹⁰⁶, confirme ce constat de la diversité des modes de contrôle parlementaire d'autant plus remarquable qu'elle s'exprime parfois à l'échelle même d'un seul État²¹⁰⁷.

Quoique le rapport n'en fit pas mention, au moment du travail mené par le comité BALLADUR, la France elle-même connaissait déjà ce type de contrôle. Une telle procédure avait été instaurée par le législateur pour pourvoir à la présidence de certaines autorités administratives indépendantes. Le président de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)²¹⁰⁸, le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)²¹⁰⁹, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté²¹¹⁰, le président de

²¹⁰¹ Précisons dès à présent que, contrairement à ce qui est parfois affirmé, ce n'est pas le Parlement qui se prononce pour avis dans le cadre de la procédure finalement adoptée en 2008 mais les commissions permanentes compétentes. Sous réserve de cette précision, nous dirons indifféremment « les commissions » ou « les parlementaires » dans les lignes qui suivent.

²¹⁰² COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16.

²¹⁰³ *Loc. cit.*

²¹⁰⁴ « L'encadrement du pouvoir de nomination » (disponible sur le site internet italien <http://www.astrid-online.it/>).

²¹⁰⁵ L'organe émettant l'avis varie : tantôt l'ensemble des membres d'une Assemblée vote, tantôt une commission parlementaire, tantôt une commission *ad hoc*. La nature des postes visés varie : banques, juges, autorités administratives indépendantes, etc. Le type d'avis est parfois obligatoire, parfois conforme, parfois simple. Le seuil requis pour l'adopter diffère selon les cas : majorité simple ou majorité qualifiée (2/3 pour approbation ou réprobation). L'autorité de nomination recevant l'avis est tantôt le Président, tantôt le Premier ministre, tantôt un ministre. Enfin, la publicité de l'avis n'est pas systématique. Et si l'audition est le seul trait commun, celle-ci n'est pas toujours publique.

²¹⁰⁶ Voir le tableau proposé en annexe 1 de la thèse.

²¹⁰⁷ Par exemple, sur la diversité des modes de nomination au sein des autorités administratives indépendantes espagnoles, voir Rapport GÉLARD, *Les Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, *op. cit.*, t. 2, p. 276.

²¹⁰⁸ Art. 28 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifié en ce sens par l'article 5 de la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

²¹⁰⁹ Art. L. 130 du Code des postes et des communications électroniques tel que modifié par l'article 17 de la loi n°2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur.

²¹¹⁰ Art. 2 de la loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

l'Autorité de la concurrence²¹¹¹ et le président du Haut conseil des biotechnologies²¹¹² étaient déjà nommés par décret présidentiel après avis des commissions permanentes. Bien que des propositions en ce sens fussent antérieurement débattues au Parlement²¹¹³, ce n'est qu'en 2006 que cette possibilité offerte aux parlementaires de formuler un avis sur la nomination du président d'une autorité administrative indépendante, en l'occurrence de la CRE, fut incidemment introduite dans l'ordre juridique interne. L'amendement en ce sens fut déposé au stade de la commission mixte paritaire, sur l'initiative du député LENOIR qui convoqua l'exemple américain au soutien de son amendement²¹¹⁴. Aux yeux du député, ce dispositif était nécessaire pour assurer la légitimité de la CRE. « Système tout à fait innovant dans notre droit²¹¹⁵ », cette procédure d'avis était même « révolutionnaire²¹¹⁶ » selon certains parlementaires. Il s'agissait pourtant d'un avis simple, insusceptible de lier l'autorité de nomination, contrairement à la procédure introduite à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution par l'article 4 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008. C'est la raison pour laquelle cette procédure constitue davantage un contrôle des désignations présidentielles qu'un contrôle des nominations. Avant l'intervention des parlementaires, à strictement parler, la nomination n'a pas eu lieu.

377. La nouveauté de la procédure introduite en 2008 tient donc moins au principe d'un avis lui-même qu'à son caractère contraignant et à sa constitutionnalisation. Par surcroît, dans le cadre des travaux du comité BALLADUR, cette dernière s'insérait dans une démarche assumée de présidentialisation de la Cinquième République. En effet, à côté de la procédure d'avis parlementaire, le comité proposa des modifications susceptibles de reconfigurer l'équilibre général du régime. En particulier, tandis qu'il envisageait de conserver la

²¹¹¹ Art. L. 461-1 du Code de commerce dans sa version résultant de l'article 95 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie*.

²¹¹² Art. L. 531-4 du Code de l'environnement tel qu'il résulte de l'article 3 de la loi n°2008-595 du 25 juin 2008 *relative aux organismes génétiquement modifiés*.

²¹¹³ C. CHAMBRAUD, « Le Gouvernement face à une fronde d'une partie de sa majorité. Des députés veulent obtenir un droit de regard sur la nomination du directeur général de la Caisse des dépôts », *Le Monde*, 18 juin 1994, p. 12. Finalement, les parlementaires n'obtinrent pas le droit d'exprimer un avis sur la nomination du directeur de la Caisse des dépôts, mais le droit de se prononcer pour avis sur sa révocation ou d'initier sa destitution. L'article 14 de la loi n°94-679 du 8 août 1994 *portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* disposait effectivement que : « Il pourra être mis fin à ses fonctions par décret en Conseil des ministres, après avis de la commission de surveillance, qui peut décider de le rendre public, ou sur proposition de cette commission ».

²¹¹⁴ Intervention de M. LENOIR, *JORF* du 8 novembre 2006, n°95, AN (C.R.), première séance du 7 novembre 2006, p. 6965.

²¹¹⁵ Intervention du rapporteur PONIATOWSKI, *JORF* du 9 novembre 2006, n°93, S (C.R.), séance du 8 novembre 2006, p. 7699.

²¹¹⁶ Interjection du député PAUL, *loc.cit.*

responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale – de sorte que le régime serait resté parlementaire –, le comité invita à réécrire l'article 5 de la Constitution pour y insérer la formule selon laquelle : « [Le président de la République] définit la politique de la nation²¹¹⁷ », à charge pour le Premier ministre de la conduire²¹¹⁸. Dans ce contexte, la création d'un avis parlementaire sur les nominations présidentielles aurait pris un sens particulier. L'étude de la façon dont cette procédure s'intègre finalement à la Constitution non modifiée en ses articles 5 et 20 n'en est que plus stimulante.

378. Lors des débats sur la révision constitutionnelle, certains parlementaires firent valoir que l'instauration d'un contrôle parlementaire des nominations présidentielles constituerait une entorse à la séparation des pouvoirs sous la Cinquième République²¹¹⁹. Aucun d'eux n'énonça cependant la signification qu'il conférait à ce syntagme pourtant chargé de sens. L'argument peut pourtant être validé ou infirmé selon l'acception retenue²¹²⁰.

Suivant une acception radicale et biaisée de la séparation des pouvoirs, qui revient « à adopter une conception extensive de l'autonomie constitutionnelle de chacune des branches du pouvoir de l'État²¹²¹ », il est vrai que l'article 13 alinéa 5 de la Constitution méconnaît ce principe. Or, le Conseil constitutionnel retient une telle conception de la séparation des pouvoirs, comme en témoigne, par exemple, sa décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009²¹²².

²¹¹⁷ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 12. Voir M.-A. COHENDET, « Comité Balladur : sept petits mots de trop », *Libération, Blog - contre-journal* du 5 novembre 2007 (disponible en ligne : <http://contrejournal.blogs.liberation.fr/2007/11/04/comit-balladur/>) et du même auteur, « Faut-il constitutionnaliser une pratique boiteuse ? », *Revue parlementaire*, 2007 (disponible en ligne : <http://www.larevueparlementaire.fr/pages/RP-902/RP902-debats-cohendet.htm>).

²¹¹⁸ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 12.

²¹¹⁹ Plusieurs amendements, visant à supprimer l'article 4 du projet de loi constitutionnelle – modifiant l'article 13 –, avaient été soutenus à l'Assemblée nationale comme au Sénat sur le fondement d'une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs. Ce fut le cas notam. de l'amendement du député MYARD (amdt. n°155, sur le texte n°820, AN 19 mai 2008). Voir aussi son intervention en séance publique du 22 mai 2008 : *JORF* du 23 mai 2008, n°37 [3], AN (C.R.), troisième séance du jeudi 22 mai 2008, p. 2399-2400.

²¹²⁰ Voir sur cette question M. TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, 248 p. ; voir également A. BOLLET-PONSIGNON, *La Notion de séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958*, LGDJ, coll. « Science politique », 1993, 64 p.

²¹²¹ O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°9, 2013, p. 21.

²¹²² Ainsi a-t-il, dans cette décision, déclaré contraire au principe de séparation des pouvoirs la disposition selon laquelle les parlementaires pourraient opposer un veto à la révocation des présidents des sociétés nationales audiovisuelles : Cons. const., décis. n°2009-577 DC du 3 mars 2009, préc., cons. 13. Un simple avis n'aurait pas encouru la censure du haut Conseil (voir l'étude *supra*). A. ROBLOT-TROIZIER voit dans la motivation de cette censure « une lecture pour le moins radicale de la séparation des pouvoirs » (A. ROBLOT-TROIZIER, « Commentaire sous CC, n°2009-577 DC, 3 mars 2009 (...) », in M. VERPEAUX et alii., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, op. cit., p. 121 et s.).

Pour deux autres critiques de cette conception extensive de la séparation des pouvoirs, voir le commentaire proposé par le professeur WACHSMANN (« La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », art. cité, p. 617)

Pour adhérer à l'argument, il faudrait admettre que la séparation des pouvoirs sous la Cinquième République prend bien la forme d'une spécialisation stricte des fonctions entre autorités mutuellement indépendantes. Or, la séparation fonctionnelle n'exige pas le « séparatisme²¹²³ » et dans le régime français les organes ne sont pas mutuellement indépendants²¹²⁴. Au contraire de ce que retient le Conseil constitutionnel, il apparaît que l'instauration d'un contrôle parlementaire des nominations présidentielles s'inscrit pleinement dans la philosophie libérale qui anime le principe de séparation des pouvoirs. Non seulement une telle réforme confirme l'organisation de différents modes de collaboration entre organes – l'absence de spécialisation absolue – mais, plus encore, elle rappelle « l'essence même de ce principe²¹²⁵ » qui permet à chacun des « pouvoirs d'avoir part à l'exercice des prérogatives de l'autre²¹²⁶ » avec, pour horizon, la protection des libertés. « Le principe de séparation des pouvoirs n'a jamais signifié le cloisonnement et l'étanchéité des pouvoirs, mais tout simplement leur collaboration pour qu'il n'y ait pas cumul des fonctions juridiques²¹²⁷. »

379. Ce n'est donc pas sur le terrain de la séparation des pouvoirs que le contrôle parlementaire des nominations présente une évolution remarquable. Cette procédure est originale surtout parce qu'elle s'inscrit pleinement dans la mutation de la séparation des pouvoirs dans les régimes parlementaires : « L'antithèse traditionnelle entre Gouvernement et Parlement cède donc, dans le régime parlementaire, fatalement la place à une antithèse

et les critiques que le professeur BEAUD formule dans son article portant plus généralement sur le traitement du président de la République et la décision n°2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012* (O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », art. cité, 42 p.).

Cf. s'agissant du contrôle parlementaire de nominations émanant des autorités administratives ou juridictionnelles : Cons. const., décis. n°2012-658 DC du 13 décembre 2012, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*. Pour le Conseil constitutionnel, le principe de séparation des pouvoirs s'oppose également au contrôle parlementaire de nominations prononcées par une autorité administrative (président de la République inclus) ou juridictionnelle. En l'occurrence, est considérée comme contraire à l'article 16 de la DDHC la disposition législative prévoyant de soumettre à l'avis des commissions permanentes compétentes dans chaque assemblée la nomination au Haut conseil des finances publiques des magistrats de la Cour des comptes désignés par le Premier président et du membre désigné par le président du Conseil économique, social et environnemental. Voir le commentaire de G. BERGOUGNOUS : « L'avis des commissions permanentes sur les nominations à certains emplois et fonctions : entre élargissement et approfondissement », *Constitutions*, 2013, p. 50-54. Sur cette décision, voir également la tribune d'Olivier BEAUD : « La séparation des pouvoirs encore une fois dénaturée », *AJDA*, 2013, p. 137.

²¹²³ Selon le mot retenu par le professeur BEAUD in « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », art. cité, p. 11. Par exemple, l'initiative législative reconnue au Premier ministre à l'article 39 al. 1^{er} de la Constitution permet à un organe exécutif de contribuer à la fonction législative laquelle est ainsi répartie entre plusieurs « organes partiels ».

²¹²⁴ Comme l'atteste en particulier la possibilité de révocation du Gouvernement par l'Assemblée nationale.

²¹²⁵ P. WACHSMANN, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », art. cité, p. 617.

²¹²⁶ *Loc. cit.*

²¹²⁷ O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », art. cité, p. 24.

majorité/minorité²¹²⁸. » Cette « antithèse », qui n'est que relativement nouvelle, invite à repenser la mission de contrôle incombant au Parlement et à s'interroger sur le rôle de l'opposition dans ce cadre. La procédure étudiée paraît faire sienne l'idée que la séparation des pouvoirs est aussi « une séparation du pouvoir majoritaire et du pouvoir minoritaire²¹²⁹ ».

Pour mesurer les divers apports de ce contrôle novateur – pour l'observateur français – instauré par la révision du 23 juillet 2008, il faut d'abord interroger son envergure matérielle et ses conséquences directes sur la compétence de nomination du président de la République, avant d'examiner ses conséquences plus indirectes sur les institutions. Cet apport de la révision de 2008 est majeur, non parce qu'il permet un contrôle véritable et global des nominations (**Chapitre premier**), mais parce qu'il contribue à entériner l'évolution présidentiale du système politique français en dépit du texte constitutionnel. Avec peine cet alinéa s'insère-t-il dans la Constitution de la Cinquième République en consacrant et valorisant la prééminence présidentielle en matière de nomination, sous couleur de l'encadrer (**Chapitre second**).

²¹²⁸ É. CARPENTIER, *La Résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, coll. « Thèses », 2006, p. 160. L'auteur montre que si la finalité de la séparation des pouvoirs n'a pas changé, les moyens pour (tenter de) l'atteindre ont évolué avec le régime parlementaire. Elle souligne combien la reconnaissance croissante de droits au profit de l'opposition (qu'elle appelle « minorité politique ») est une exigence rendue nécessaire par le phénomène de « majorisation » (p. 160) et doit permettre d'assurer la séparation des pouvoirs dans son versant substantiel (qui « concerne le but de la séparation des pouvoirs : [...] éviter les abus de pouvoir » [p. 153]). Elle soutient ensuite que les modes de résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels exigent un « renouvellement » qui prenne acte de l'évolution de la séparation des pouvoirs dans son versant fonctionnel (p. 164-173).

²¹²⁹ P. JAN, « Les séparations du pouvoir », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 257.

CHAPITRE PREMIER. UN CONTRÔLE LIMITÉ DES NOMINATIONS PRÉSIDENTIELLES

380. Outre l'argument tiré de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs, certains députés estimaient que la création d'un contrôle parlementaire des nominations résultait « d'une mauvaise approche de la question des nominations aux emplois publics²¹³⁰ ». Car, selon eux, ce n'était pas l'étendue de la compétence de nomination du président de la République qui serait maîtrisée, mais tout au plus son exercice. Cette critique fait écho à ce qu'avait perçu le comité BALLADUR lui-même. À la suite de conclusions analogues du rapport VEDEL²¹³¹, le comité indiqua que le contrôle de l'exercice de la compétence devait être précédé d'une clarification des compétences respectives du président de la République et du Premier ministre pour « qu'il soit mis fin au désordre actuel²¹³² ». Rien n'a été fait en ce sens. Le contrôle parlementaire des nominations s'édifie donc sur le terrain fragile et flou déjà décrit. Ce vice primaire ne suffit pourtant pas à disqualifier *a priori* la procédure introduite à l'article 13 de la Constitution. Ce processus nécessaire à l'édiction de certaines nominations

²¹³⁰ Exposé des motifs, amendement des députés DEBRÉ, CUQ, GATIGNOL, LE GUEN, DECOOL, GROSPERRIN, COSYNS et BOURDOULEIX (amdt. n°439 sur le texte n°820, AN 19 mai 2008).

²¹³¹ On peut lire dans ce rapport : « Les emplois non définis par la Constitution comme entrant dans le champ de la compétence du président de la République relèvent tantôt de la liste donnée dans la loi organique, tantôt même du décret qui complète cette loi dans des conditions juridiques douteuses, tantôt de la délégation du président de la République au Premier ministre » (COMITÉ VEDEL, *Proposition pour une révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 42). Voir le témoignage que nous a livré Marceau LONG, membre du comité VEDEL, *infra* p. 619 et s.

²¹³² COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16 (proposition n°7). Le comité poursuit en indiquant qu'il conviendrait de « distinguer, s'agissant des nominations aux emplois civils, entre celles délibérées en Conseil des ministres et les autres, les premières étant fixées par la Constitution ou par la loi, afin que le président de la République ne puisse en modifier la liste par le simple jeu de la fixation de l'ordre du jour du Conseil des ministres comme cela a été le cas dans le passé ; conférer au Premier ministre le soin de procéder aux nominations autres que celles délibérées en Conseil des ministres, sauf si la loi en dispose autrement ».

fait intervenir publiquement plusieurs acteurs et crée un mode de nomination dans lequel la réflexion et l'évaluation ont potentiellement leur place. La procédure de nomination associant les commissaires se déroule en plusieurs phases. D'abord, le président de la République propose le nom de la personne qu'il souhaiterait nommer. Huit jours après au moins les commissaires d'une première assemblée auditionnent l'impétrant et procèdent à un vote qui n'est pas immédiatement dépouillé. Le candidat se livre ensuite au même exercice devant la commission permanente compétente de la seconde Chambre, laquelle vote à son tour. Après ces premières phases d'examen du projet de nomination, les votes émis dans chaque assemblée sont dépouillés de façon simultanée. Le président de la République ne peut procéder à la nomination qu'à l'issue des résultats du scrutin pourvu que, comme en dispose l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, « l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente [moins des] trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ».

L'ensemble des éléments caractérisant cette procédure doit être interrogé afin de rendre compte de cette nouvelle mesure encore peu étudiée par la doctrine française²¹³³. De l'examen des différents éléments qui jalonnent la prise de décision, il ressort que le dispositif étudié manque, pour partie, l'objectif que lui assignèrent ses instigateurs : il peine à véritablement « encadrer²¹³⁴ » l'exercice de la compétence présidentielle de nomination. Ce moyen de contrôle des nominations est limité d'un point de vue matériel d'abord, puisqu'il concerne relativement peu de postes (**Section 1**) ; il est limité quant à ses conséquences sur l'exercice du pouvoir de désignation ensuite, puisque, même s'il est plus qu'un simple droit de regard, il n'est pas pleinement un pouvoir de veto confié aux parlementaires (**Section 2**).

²¹³³ Les manuels de droit constitutionnel et parfois de droit administratif rendent compte de cette nouvelle procédure mais, pour des études spécifiquement consacrées à ce sujet, après l'adoption des lois nécessaires à l'application, voir en particulier C. TESTARD, *Le Contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du président de la République*, op. cit., 160 p. ; D. MAHERZI, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République rénové », art. cité, p. 435-458 ; H. JOZEFOWICZ, « Le diable gît-il dans les détails ? (...) », art. cité, p. 413-433 ; L. BAGHESTANI, « À propos des lois du 23 juillet 2010 relatives à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », *LPA*, 9 février 2011, n°28, p. 3-4 ; J. BENETTI, « L'avis du Parlement, le choix du Prince. À propos du contrôle parlementaire sur les nominations présidentielles à certains emplois et fonctions », in *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2014, p. 351-362.

Notre mémoire pour l'obtention du Master 2 Recherche portait sur ce sujet : *L'article 13 alinéa 5 de la Constitution et son application. Recherche sur un dispositif d'encadrement des nominations présidentielles*, sous la direction du professeur VERPEAUX, 2010, 170 p. Quoique les pages qui suivent s'en inspirent parfois, elles modifient très amplement les conclusions de ce mémoire. Indiquons également notre article : L. SPONCHIADO, « Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles », *RFDA*, n°5, 2011, p. 1019-1028. Là encore, les conclusions sont largement remaniées dans les pages suivantes.

²¹³⁴ Tel est le terme employé in COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 16.

SECTION 1. UN CONTRÔLE AU CHAMP D'APPLICATION ÉTROIT

381. Le champ d'application de la procédure prévue par le cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution est partiellement laissé à l'appréciation du législateur organique. Cet alinéa énonce en effet qu' « une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation, le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée ». Le recours à la loi organique semblait s'imposer conformément à la définition matérielle traditionnellement retenue : « norme complémentaire de la Constitution [utilisée] pour organiser une institution, prévoir son statut²¹³⁵ ». De ce point de vue, la loi organique se présentait comme vecteur idoine de concrétisation du texte constitutionnel. D'autres solutions auraient néanmoins pu être envisagées.

D'abord, la loi constitutionnelle aurait pu établir elle-même une liste d'emplois concernés par la procédure d'avis parlementaire. L'article 13, en son alinéa 3, comporte déjà une telle liste s'agissant des emplois pourvus en Conseil des ministres. Ensuite, comme cela fut proposé, l'ensemble des nominations signées par le président de la République aurait pu être concerné par une telle procédure²¹³⁶. Le recours à la loi organique aurait alors été inutile pour énoncer les emplois visés. Enfin, puisque la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit à sept reprises le recours à la loi ordinaire pour concrétiser la Constitution, ce même moyen aurait pu servir, d'une part, à déterminer les emplois concernés et, d'autre part, à élaborer la procédure prévue au cinquième alinéa de l'article 13. Celui-ci habilite d'ailleurs le législateur ordinaire à déterminer « les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés ». Un tel usage de la loi ordinaire a cependant pu être discuté, car les lois

²¹³⁵ J.-P. CAMBY, « La répartition des compétences entre la loi organique, la loi ordinaire et le règlement des assemblées dans la mise en œuvre de la révision constitutionnelle », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Les Lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », 2009, p. 39. Voir aussi, par exemple, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « Organique » : « Loi fixant, dans le cadre de la Constitution, les règles relatives aux pouvoirs publics ». Cf. A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., entrée « Loi organique » : « Loi qui, à la demande explicite du constituant, complète et précise la Constitution ».

²¹³⁶ Amendement des députés M. SANDRIER et autres (amdt. n°385 sur le texte n°820, AN 19 mai 2008). L'exposé des motifs indique que « les auditions par la Commission instituée par cet article permettront d'atténuer toutes nominations de complaisance à l'ensemble des emplois civils et militaires de l'État » (nous soulignons).

ordinaire et organique se distinguent par leur procédure d'adoption²¹³⁷. En particulier, ces dernières sont soumises à un contrôle de constitutionnalité obligatoire.

En l'occurrence, le législateur organique est donc habilité à établir la liste des emplois et fonctions qui sont concernés par la procédure d'avis : il lui incombe d'en déterminer le champ d'application (§2) pour les emplois ou fonctions que la Constitution elle-même n'a pas inclus ou exclus du dispositif (§1).

§1. Un champ d'application partiellement déterminé par le Constituant

Le champ d'application de la réforme de 2008 s'impose au législateur organique à deux égards. Certains emplois ou fonctions sont nécessairement soumis à la procédure d'avis parlementaire (A) ; tandis que d'autres y échappent obligatoirement (B).

A. Les emplois nécessairement soumis à la procédure en vertu d'une disposition constitutionnelle

382. Le comité BALLADUR avait prévu de soumettre à la procédure d'avis qu'il proposait un certain nombre de fonctions que la Constitution aurait directement visées. D'abord, le comité considérait que « la présidence du Conseil supérieur de la magistrature devrait échoir à une personnalité indépendante, qui n'appartienne pas au corps judiciaire et qui soit nommée » suivant la procédure d'avis instaurée à l'article 13, ce qui aurait permis d'assurer « l'indépendance du Conseil à l'égard du pouvoir politique »²¹³⁸. La même procédure aurait eu vocation à s'appliquer au « Conseil du pluralisme » dont le comité proposait la création et

²¹³⁷ Voir aussi l'intervention de M. DEBRÉ, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION (...), *Documents pour servir à l'Histoire (...)*, op. cit., vol. 3, p. 259 : « Il n'est pas bon, cependant, qu'une loi soit hâtivement rédigée et votée. Une procédure particulière simplement marquée par un long temps de réflexion et des pouvoirs accrus au Sénat est destinée à faire des lois organiques des textes dotés d'une plus grande stabilité c'est-à-dire, comme il se doit, entouré d'un plus grand respect ». Cependant, même si une « procédure spécifique » continue de s'appliquer à l'élaboration des lois organiques, il est permis d'admettre avec le professeur BENETTI qu'elle s'est « largement banalisée » (J. BENETTI, « Les spécificités de la procédure d'adoption des lois organiques », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Les Lois organiques (...)*, op.cit., p. 5-13).

²¹³⁸ Proposition n°69 in COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 81.

qui se serait substitué au CSA, à la Commission des sondages et à la Commission nationale de contrôle de la campagne pour l'élection présidentielle. Les deux membres du Conseil du pluralisme, qui devaient être nommés par le président de la République, auraient été contraints de se présenter aux parlementaires avant leur nomination²¹³⁹. Le comité préconisait, enfin, l'application de cette procédure aux nominations des membres du Conseil constitutionnel et des personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la magistrature²¹⁴⁰.

383. Depuis 2008, six fonctions dans trois institutions sont soumises, par la Constitution elle-même, à la procédure étudiée qui s'applique aussi bien aux nominations prononcées par décret présidentiel, contresigné ou non, qu'à celles prononcées par les présidents des assemblées : trois membres du Conseil constitutionnel²¹⁴¹, deux personnalités qualifiées siégeant au Conseil supérieur de la magistrature²¹⁴² ainsi que le Défenseur des droits²¹⁴³. Pour ces six fonctions, le législateur organique n'a pas pris sur le champ d'application de la procédure. Elle est constitutionnalisée, ce qui contribue à renforcer non seulement l'importance du dispositif d'avis mais encore celle des fonctions concernées. À l'inverse, certains emplois sont exclus de la procédure d'avis.

²¹³⁹ Sur ce conseil et la proposition n°77, voir *ibid.*, p. 94-95.

²¹⁴⁰ Proposition n°8, *in ibid.*, p. 18.

²¹⁴¹ Art. 56 al. 1 de la Constitution : « [...] Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. *La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations.* Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée » (nous soulignons).

²¹⁴² Art. 65 al. 2 de la Constitution : « La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le Premier président de la Cour de cassation. [...] Le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. *La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux nominations des personnalités qualifiées.* Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée (nous soulignons).

²¹⁴³ Art. 71-1 al. 4 de la Constitution : « Le Défenseur des droits est nommé par le président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, *après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13.* Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique (nous soulignons). Pour ce dernier, il est intéressant de remarquer que le comité BALLADUR n'avait nullement préconisé sa nomination par le président de la République après avis des parlementaires. Le « Défenseur des droits fondamentaux » aurait dû être élu par l'Assemblée nationale (rapport cité, p. 92-93).

B. Les emplois nécessairement exclus de la procédure en vertu d'une disposition constitutionnelle

384. Le comité BALLADUR entendit limiter la procédure d'avis préalable aux nominations en excluant de son champ d'application « les emplois mentionnés au troisième alinéa » de l'article 13. Le Gouvernement retint cette proposition dans son projet de loi constitutionnelle. Dans la version de l'article 13 révisée en 2008, il est effectivement établi que ne peuvent être soumis à la procédure d'avis parlementaire que « les emplois ou fonctions autres que ceux mentionnés au troisième alinéa »²¹⁴⁴. Autrement dit, « les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales » ne sauraient être appelés à se présenter devant les commissions permanentes avant leur nomination par décret en Conseil des ministres.

Au regard du rapport BALLADUR, des rapports et travaux parlementaires lors du vote de la loi constitutionnelle, un seul argument semble avoir justifié cette exclusion : ces emplois seraient l'expression du lien qui existe entre l'Administration et l'exécutif²¹⁴⁵. Le député MONTEBOURG défendit cette position en séance, distinguant, d'une part, les « fonctionnaires d'exécution au service d'une politique – préfets, recteurs, directeurs d'administration centrale, qui doivent rester à la main du pouvoir exécutif si celui-ci veut avoir les moyens de mener sa politique » – et, d'autre part, les « autorités dont la nomination, depuis l'instauration du Conseil constitutionnel en 1958, s'inspire de ce modèle [...] ainsi par exemple du Conseil supérieur de la magistrature, du Conseil supérieur de l'audiovisuel ou de nombreuses autorités administratives »²¹⁴⁶. Selon le député, soustraire les nominations des « fonctionnaires d'exécution » à l'avis des parlementaires permettrait ainsi à l'exécutif de garder la maîtrise des postes essentiels au relais de sa politique. François HOLLANDE, alors député, abonda en ce sens :

²¹⁴⁴ Sur les conditions de l'ajout du mot « fonction » et sa signification possible, voir *infra* p. 468 et s.

²¹⁴⁵ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 17.

²¹⁴⁶ A. MONTEBOURG, intervention en séance, *JORF* du 23 mai 2008, n°37 [3], AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2398.

Sur la question des nominations, il est normal de laisser à l'exécutif le droit ou la prérogative de mettre en œuvre la politique sur laquelle il a été élu et pour laquelle il a obtenu la confiance de l'Assemblée nationale. Il est donc indispensable que la plupart des nominations à l'administration centrale relèvent du seul privilège du président de la République ou du Premier ministre. Cette question ne fait pas débat entre nous²¹⁴⁷.

Peut-être est-ce la volonté de préserver le principe de séparation des pouvoirs qui sourd encore dans ces discours²¹⁴⁸. Cette exclusion donnée comme évidente²¹⁴⁹ en vertu d'un supposé « privilège » mérite pourtant d'être interrogée.

385. D'abord, comme certains députés le firent valoir, l'argument pourrait être renversé. Précisément, parce qu'ils sont l'expression du lien entre l'exécutif et l'Administration et de la nécessité pour celui-ci de disposer de celle-là – et particulièrement de la haute Administration –, un contrôle parlementaire aurait pu ou dû être envisagé.

Au regard de l'importance des nominations et des fonctions contenues dans ce troisième alinéa, il apparaît opportun de poursuivre la logique de renforcement des pouvoirs de contrôle du Parlement souhaitée par ce projet de loi constitutionnelle en prévoyant qu'un avis conforme soit rendu par les parlementaires sur ces nominations²¹⁵⁰.

Ensuite, l'argument selon lequel ces emplois doivent échapper à la procédure parce qu'ils permettent « au pouvoir exécutif de mener sa politique²¹⁵¹ » paraît vicié car il ne vaut que s'il est vrai que ces emplois permettent au Gouvernement de « disposer de l'administration ». Or, les emplois mentionnés à l'article 13 alinéa 3 se distinguent par leur diversité. Que les préfets, recteurs, directeurs d'administration centrale ou ambassadeurs fidèles ou simplement loyaux servent le Gouvernement pour « mener sa politique » se comprend aisément ; cela est, en revanche, beaucoup moins convaincant s'agissant de juges administratifs ou financiers. De surcroît, quand bien même la prémisse serait vraie, il est possible de considérer que, puisque « le Parlement contrôle l'action du Gouvernement », rien ne s'opposait à ce qu'il se prononçât

²¹⁴⁷ Intervention en séance, *JORF* du 9 juillet 2008, n°61 [2], AN (C.R.), deuxième séance du mardi 8 juillet 2008, p. 4425.

²¹⁴⁸ En ce sens, voir notam. J. BENETTI, « L'avis du Parlement, le choix du Prince (...) », art. cité, p. 354.

²¹⁴⁹ Une part de la doctrine relaie cette évidence. Par ex., J. WALINE, « À propos de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2010, p. 732 : « Il s'agit d'emplois aussi politiques qu'administratifs et ils doivent donc être occupés par des personnes ayant, en raison de leurs convictions politiques, la *confiance du président* et de lui seul » (nous soulignons).

²¹⁵⁰ Exposé des motifs sous l'amendement présenté par M. GIACOBBI et autres (amdt. n°121 sur le texte n°820, AN 17 mai 2008).

²¹⁵¹ Selon les mots d'A. MONTEBOURG, intervention préc.

pour avis sur ces choix gouvernementaux. Mais la faiblesse de l'argument prescrivant l'exclusion de ces emplois tient essentiellement au fait que, comme cela a été démontré, ces postes servent avant tout l'influence présidentielle bien plus qu'ils ne traduisent, comme l'indiquait le comité BALLADUR, le « pouvoir, conféré au Gouvernement par l'article 20 de la Constitution, de "disposer de l'administration"²¹⁵² ». Puisque ces emplois et fonctions relèvent le plus souvent du « choix du Prince²¹⁵³ » et que tel était le prérequis de la réforme, l'argument fondé sur l'article 20 s'effondre. S'il s'agit vraiment de nominations liées au pouvoir de désignation du président de la République, alors tout participe à privilégier leur soumission à la procédure d'avis – sauf à considérer avec Bernard DEBRÉ qu'il faut pleinement se fier au président de la République :

Dans ma naïveté, je faisais confiance au président de la République, quel qu'il soit. Je pensais qu'il était au-dessus des partis et que, dans sa sagesse, il pouvait procéder à de bonnes nominations, rien ne l'empêchant, s'il le jugeait utile, de demander l'avis de spécialistes. Une commission politique qui nomme des personnalités aussi importantes, cela me semble excessivement dangereux, et cela donne un tour politicien à ces nominations²¹⁵⁴.

Sans aller jusqu'à penser qu'il s'agit de naïveté, du moins cette intervention témoigne-t-elle de la vision thaumaturgique déjà décrite de la figure présidentielle²¹⁵⁵. Les pages qui précèdent auront montré qu'une certaine vigilance n'est pas de mauvais aloi, comme l'indiquait Maurice DUVERGER dans la citation épigraphe²¹⁵⁶.

Un certain nombre d'emplois sont donc nécessairement soumis au dispositif de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution tandis que d'autres en sont nécessairement exclus. Pour le reste, le choix est laissé au législateur organique qui doit simplement se déterminer en prenant acte de critères de sélection établis par le Constituant lui-même.

²¹⁵² COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 17.

²¹⁵³ Pour reprendre l'expression retenue par Julie BENETTI in « L'avis du Parlement, le choix du Prince (...) », art. cité.

²¹⁵⁴ B. DEBRÉ, intervention en séance, *JORF* du 23 mai 2008, n°37 [3], AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2397.

²¹⁵⁵ Sur cette conception, voir nos développements *supra* p. 157 et s.

²¹⁵⁶ « À tous ceux qui réfléchissent sur nos futures institutions, je voudrais suggérer l'hypothèse de travail suivante : il faut toujours penser que le pouvoir peut tomber dans les mains de l'homme le plus dangereux » : M. DUVERGER, in G. VEDEL et F. GOGUEL, *Les Institutions politiques de la France*, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 1964, p. 17.

§2. Un champ d'application partiellement laissé à l'appréciation du législateur organique

L'article 13 alinéa 5 de la Constitution se présente comme une norme d'habilitation ayant pour destinataires le président de la République et les commissions permanentes des assemblées. Elle est aussi, notamment, une norme d'habilitation pour le législateur organique. Il est habilité à déterminer le champ d'application de la procédure **(B)** suivant les critères matériels établis par la Constitution elle-même **(A)**.

A. Les critères matériels s'imposant au législateur organique

386. L'article 13 alinéa 5 du texte constitutionnel précise que seuls les « emplois ou fonctions » revêtant une « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation » sont susceptibles d'être assujettis à la procédure créée. Évidemment, il est possible d'examiner les choix effectués par le législateur organique sous le contrôle du Conseil constitutionnel pour tenter de comprendre le sens de l'expression retenue en 2008²¹⁵⁷. Mais une telle démarche, consistant à déterminer le sens d'une disposition constitutionnelle habilitante à partir de la façon dont l'a concrétisée l'organe habilité, fait surgir à nouveau les limites d'une posture réaliste dans la connaissance du droit. À l'inverse, tenter de déterminer *a priori* le sens de l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution permet de délier interprétation authentique et discours doctrinal ; la première ne s'imposant pas au second. Il en découle qu'il est possible pour la doctrine non seulement d'apprécier si des emplois retenus n'auraient pas dû l'être, mais encore si des emplois non sélectionnés auraient pu figurer dans la liste. Ceci suppose de rechercher les sens des expressions « emplois ou fonctions » **(1)** et « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation » **(2)** retenues par le Constituant en 2008.

²¹⁵⁷ C'est par exemple la démarche suivie in B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, op. cit., p. 25 (du PDF disponible en ligne).

1. Emplois et fonctions

387. Dans la proposition formulée par le comité BALLADUR, comme dans le projet de loi constitutionnelle présenté par le Gouvernement, il était mentionné que le législateur organique établirait la liste des « emplois » concernés par la procédure d'avis parlementaire. En commission des lois à l'Assemblée nationale, le rapporteur WARSMANN soutint l'amendement n°44 qui avait pour objet l'adjonction du terme « fonction ». Le rapporteur motiva sa proposition en relevant que :

L'intention du Gouvernement est de faire figurer dans cette liste les membres ou les présidents d'autorités administratives indépendantes ainsi que les présidents de grandes entreprises publiques. Toutefois, certaines de ces nominations ne sont pas des nominations à des emplois mais à des fonctions. L'amendement apporte de ce fait au législateur organique un ancrage plus large pour établir la liste des nominations pour lesquelles une commission de parlementaires sera chargée de donner son avis²¹⁵⁸.

L'« intention du Gouvernement » et la volonté d'élargir le champ d'application de l'habilitation du législateur organique justifiaient sa démarche. En seconde lecture de la loi constitutionnelle à l'Assemblée nationale, il ajouta :

Le vote en première lecture de l'amendement précisant qu'il s'agissait d'« emplois et fonctions » était justifié par le fait, par exemple, que la personne qui siège au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel n'occupe pas un emploi ; aussi le mot fonction permet-il de mieux recouvrir les différentes situations²¹⁵⁹.

Le rapporteur ne prit pourtant pas soin de définir ces termes. L'exemple du CSA semble même annihiler la distinction établie. Le terme « fonction », tel qu'il est employé par le rapporteur, paraît en réalité suffisamment vaste pour embrasser le terme « emplois » au sens déjà très large que confèrent à ce mot l'article 13 de la Constitution et son ordonnance organique d'application. Il s'agirait ainsi non seulement des emplois au sens du droit de la fonction publique et de ceux au sens du droit budgétaire, mais encore des emplois de direction

²¹⁵⁸ Exposé des motifs sous l'amendement n°44 sur le texte n°820, AN 17 mai 2008.

²¹⁵⁹ Intervention en séance, *JORF* du 9 juillet 2008, n°61 [2], AN (C.R.), deuxième séance du mardi 8 juillet 2008, p. 4427.

de sociétés nationales, d'établissements et entreprises publics²¹⁶⁰ et de toute autre charge conférée par décret présidentiel.

Cette mention a donc moins pour effet de limiter l'œuvre du législateur organique que d'élargir le champ de ses possibilités. Il en va de même de la seconde exigence.

2. Importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation

388. Le comité BALLADUR suggérait de soumettre à la procédure d'avis les emplois importants « pour la protection des libertés, la régulation des activités économiques ou le fonctionnement des services publics²¹⁶¹ ». Le Gouvernement privilégia, pour sa part, l'expression qui sera finalement retenue : « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation ». Lors des travaux parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle et de ceux relatifs aux mesures de concrétisation de l'article 13 alinéa 5, les débats ne firent que rarement place à une interrogation quant à la définition de ces termes²¹⁶². Si l'appréciation de l'importance est suffisamment ouverte pour être difficilement prédéterminée, la signification des expressions « garantie des droits et libertés » et « vie économique et sociale de la nation » peut être interrogée.

389. Quant à la garantie des droits et libertés, un rapprochement avec d'autres occurrences dans le droit positif ne paraît pas stérile²¹⁶³. Le syntagme « droits et libertés », outre une mention dans le préambule de la Constitution de 1946²¹⁶⁴, a été introduit dans trois articles de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : à l'article 13 étudié, à l'article 61-1 créant la question prioritaire de constitutionnalité²¹⁶⁵ et à l'article 71-1 instituant le

²¹⁶⁰ D. MAHERZI, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République rénové », art. cité, p. 438-440.

²¹⁶¹ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 17.

²¹⁶² Il faut d'ores et déjà mentionner le fait que le législateur organique aurait suivi d'autres critères que les critères constitutionnels pour sélectionner les emplois ou fonctions (voir *infra* p. 474 et s.).

²¹⁶³ Cette méthode peut cependant être discutée. En ce sens, voir É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6-10. Pour identifier les droits fondamentaux le professeur admet une telle méthode positiviste, existentialiste et finalement déductive tout en précisant qu'elle doit servir une démarche inductive visant à définir plus substantiellement les droits fondamentaux.

²¹⁶⁴ Al. 1^{er} et 18 du préambule de 1946.

²¹⁶⁵ Art. 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte *aux droits et libertés* que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » (nous soulignons).

Défenseur des droits²¹⁶⁶. Tandis que l'article 13 alinéa 5 de la Constitution ne mentionne que les « droits et libertés », l'article 61-1 vise les « droits et libertés que la Constitution garantit ». La signification de l'expression, au sens de l'article 13 alinéa 5, serait donc plus vaste. Pourrait ainsi être visé l'ensemble des emplois ou fonctions ayant une importance non seulement pour « les droits et libertés que la Constitution garantit » au sens de l'article 61-1²¹⁶⁷, mais encore pour les droits et libertés non « garantis par la Constitution », tels les droits et libertés protégés par des textes internationaux applicables en France²¹⁶⁸. Ainsi le champ de cette expression peut-il être globalement cerné d'après le droit positif. La texture très ouverte²¹⁶⁹ de la formule offre donc à l'habilitation du législateur organique un vaste champ d'application. Il en est ainsi également de la seconde partie de l'expression retenue par le Constituant : « vie économique et sociale de la nation ».

390. Le comité BALLADUR, en son rapport, avait retenu, sans la définir, l'expression « régulation des activités économiques ou le fonctionnement des services publics²¹⁷⁰ ». Le texte constitutionnel finalement adopté ne limite pas les choix du législateur organique aux seuls emplois ayant une importance pour la *régulation* des activités économiques, mais autorise à viser les emplois ayant une importance pour la « vie économique » en général. Ainsi, outre les emplois et fonctions au sein d'autorités de régulation, les acteurs de la vie économique tels que les producteurs publics de richesse – les dirigeants d'entreprise du secteur public par exemple – pourraient être concernés par le dispositif du cinquième alinéa de l'article 13. De même, le législateur organique peut soumettre à la procédure d'avis des emplois présentant une importance pour la vie sociale et culturelle de la nation sans se limiter à ceux qui intéressent le *fonctionnement* des services publics. Cette affirmation s'autorise des débats du printemps 2008. Le député CHARTIER avait en effet déposé un amendement visant à faire figurer l'adjectif « culturelle » aux côtés du syntagme « vie économique et sociale »

²¹⁶⁶ Art. 71-1 de la Constitution : « Le Défenseur des droits veille au respect *des droits et libertés* par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences » (nous soulignons).

²¹⁶⁷ Sur « les droits et libertés que la Constitution garantit » au sens de l'article 61-1, voir notam. C. MAUGÜÉ et J.-H. STAHL, *La QPC*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2012, p. 150-168.

²¹⁶⁸ Par exemple Cons. const., décis. n°2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre* (« *indemnités temporaires de retraite outre-mer* »), *JORF* du 23 juillet 2010, p. 13615, *Rec.* p. 156.

²¹⁶⁹ Nous reprenons l'expression bien connue de H.L.A. HART : *Le Concept de droit*, trad. franç. par VAN DE KERCHOVE M., Facultés universitaires Saint Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis », 1976, p. 155 et s.

²¹⁷⁰ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 18.

retenu jusqu'alors²¹⁷¹. Pour le rapporteur WARSMANN, « en vertu de [son] interprétation et de l'usage, le culturel est inclus dans l'économique et le social²¹⁷² » ; l'amendement était ainsi déjà satisfait. Il fut retiré.

Les expressions retenues par le Constituant en 2008 sont donc suffisamment vagues pour laisser au législateur organique une vaste marge d'appréciation, soumise néanmoins au contrôle du Conseil constitutionnel. D'autant plus surprenante est, en définitive, la concision de la liste des emplois et fonctions adoptée par le législateur organique.

B. La liste établie par le législateur organique et ses conséquences sur l'habilitation présidentielle

391. Bien que le cinquième alinéa de l'article 13 ne semblât admettre qu'une loi organique pour sa concrétisation²¹⁷³, plusieurs lois eurent cet objet. D'abord fut adoptée la loi organique n°2009-38 du 13 janvier *portant application de l'article 25 de la Constitution* qui prévoit l'application de la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution à la nomination du président de la Commission de l'article 25 de la Constitution²¹⁷⁴. Intervint ensuite la loi

²¹⁷¹ Intervention en séance, *JORF* du 23 mai 2008, n°37 [3], AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2402.

Rappelons que peu de temps avant l'intervention du député CHARTIER, Georges-Marc BENAMOU, conseiller culturel de Nicolas SARKOZY, avait été pressenti pour être nommé directeur de la Villa Médicis ce qui avait soulevé de nombreuses critiques. Le président de la République s'était alors rétracté et avait chargé une commission *ad hoc* extra-parlementaire d'examiner les candidatures. Le conseiller affirma au journal *Le Monde* : « Il faudrait que, comme le souhaite le président, les candidats à toutes les grandes nominations culturelles puissent plancher devant le Parlement. [...] Il faut assainir le système de nominations culturelles et sortir de la reproduction des élites. Sur ce point, je suis dans la lignée du BOURDIEU des *Héritiers*, et cela doit être valable autant pour les conseillers que pour les représentants des grands corps qui souvent se recasent, eux, sans qu'on les remarque » (R. BACQUÉ, « L'Élysée renonce à nommer Georges-Marc Benamou à la Villa Médicis », *Le Monde* du 28 mars 2008).

²¹⁷² *JORF* du 23 mai 2008, n°37 [3], AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2403.

²¹⁷³ En effet, le cinquième alinéa énonce d'une part que « Une loi organique détermine les emplois ou fonctions [...] pour lesquels [...] le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée ». Tandis que « La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés » (nous soulignons).

Suivant certains linguistes, néanmoins, il faudrait admettre que l'article indéfini suppose une seule norme de concrétisation, tandis que l'article défini permet le recours à plusieurs normes. En ce sens, par exemple, G. KLEIBER, *L'article LE générique. La genericité sur le mode massif*, Librairie Droz, 1990, 172 p.

²¹⁷⁴ Cette commission indépendante, aux termes de l'article 25 de la Constitution, « se prononce par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs ». Voir Cons. const., décis. n°2008-572 DC du 8

organique n°2009-257 du 5 mars 2009²¹⁷⁵ qui soumit à la procédure d'avis parlementaire, les nominations des présidents de France Télévisions, de Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France²¹⁷⁶. Le 23 juillet 2010, une loi organique spécifiquement consacrée à la concrétisation du cinquième alinéa de l'article 13 fut adoptée²¹⁷⁷. Cette loi organique, à vocation générale, établit la liste des emplois concernés par la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution et intègre en son sein les dispositions éparses et antérieures résultant des deux lois organiques de 2009 précitées. La loi organique de 2010 crée donc l'unité que semblait prescrire la Constitution (1). Cette unité fut maintenue, puisque les modifications apportées à la liste depuis lors sont introduites dans la loi générale de 2010. Ceci oblige à nuancer l'idée que cette réforme « encadre²¹⁷⁸ » la compétence de nomination du président de la République (2) et soulève la question des conséquences de cette loi organique sur la ductilité de l'habilitation présidentielle (3).

1. Une première liste d'emplois ou fonctions établie en 2010

392. Outre les emplois concernés par la procédure de l'article 13 en vertu de dispositions constitutionnelles, trente-et-une fonctions dans vingt autorités administratives indépendantes et onze des entreprises et établissements publics figurant dans le décret d'avril 1959 *relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales*²¹⁷⁹ étaient mentionnées par les auteurs du rapport BALLADUR, qui imaginèrent les suites à donner à la révision qu'ils proposaient. Après l'adoption de l'article 13 alinéa 5, le projet de loi organique établi par le Gouvernement visait, pour sa part, quarante-et-un emplois de direction ou fonctions dans quarante-et-une

janvier 2009, *Loi organique portant application de l'article 25 de la Constitution*, JORF du 14 janvier 2009, p. 723, Rec. p. 33.

²¹⁷⁵ Loi organique n°2009-257 du 5 mars 2009 *relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*. Voir Cons. const., décis. n°2009-576 DC du 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*, JORF du 7 mars 2009, p. 4336, Rec. p. 62.

²¹⁷⁶ La société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France est désormais dénommée France Médias Monde depuis juin 2013.

²¹⁷⁷ Loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*. Voir Cons. const., décis. n°2010-609 DC du 12 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, JORF du 24 juillet 2010, p. 13669, Rec. p. 143.

²¹⁷⁸ Selon le mot imagé retenu dans le rapport BALLADUR (COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 16).

²¹⁷⁹ Décret n°59-587 du 29 avril 1959. Sur ce décret, voir l'étude menée *supra*, p. 241 et s.

institutions²¹⁸⁰ et, parmi elles, seules vingt des institutions visées dans le rapport BALLADUR²¹⁸¹.

À la liste initialement présentée par le Gouvernement, les parlementaires ajoutèrent le président de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores et aéroportuaires (ACNUSA), celui de l'Autorité des normes comptables (ANC), celui de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), le directeur général de l'Office national des forêts (ONF)²¹⁸², le président du conseil d'administration de Voies navigables de France (VNF), le président de la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC) et celui de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF)²¹⁸³. À ces emplois, par souci de clarté, furent adjoints ceux qui étaient visés par les deux lois organiques de 2009 : les présidents de France Télévisions, de Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France (devenue France Média Monde) et le président de la Commission de l'article 25 de la Constitution.

²¹⁸⁰ Le président-directeur général d'Aéroports de Paris (ADP), le président du conseil de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES), le président du conseil d'administration de l'Agence de financement des infrastructures de transport de France (AFITF), le directeur général de l'Agence française de développement (AFD), le président du conseil d'administration de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), le directeur général de l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA), celui de l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU), le président de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), ceux de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité des marchés financiers (AMF), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), le Gouverneur de la Banque de France, le directeur général de la Caisse des dépôts et consignations (CDC), l'administrateur général du Commissariat à l'énergie atomique (CEA), le président du conseil d'administration du Centre national d'études spatiales (CNES), le directeur général du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), le président du directoire de la Compagnie nationale du Rhône (CNR), le président du collège de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), le président de la Commission nationale du débat public (CNDP), ceux du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), le Défenseur des enfants, le président-directeur général d'Électricité de France (EDF), celui de la Française des jeux (FDJ), le président du Haut conseil des biotechnologies (HCB), celui de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), le président du collège de la Haute autorité de santé (HAS), le président de l'Institut national de la recherche agronomique (INRA), le directeur général de l'Institut national de radioprotection et de sûreté nucléaire (INRSN), le président de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM), le directeur général de Pôle emploi, le Médiateur de la République, le président-directeur général de Météo France, le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), le président du conseil d'administration d'OSEO et celui de la Poste, le président-directeur général de la Régie autonome des transports parisiens (RATP), le président du conseil d'administration de Réseau ferré de France (RFF) et celui de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF).

²¹⁸¹ Avaient été retenues dans le rapport BALLADUR et dans le projet de loi gouvernemental les nominations dans les institutions suivantes : ACAM, AMF, ASN, CCNE, CNDP, CRE, ARCEP, Autorité de la Concurrence, CSA, Défenseur des enfants, HALDE, HAS, CGLPL, Banque de France, CDC, CNRS, CEA, EDF, CNR et SNCF.

²¹⁸² Ces quatre premiers emplois furent ajoutés par l'Assemblée nationale en première lecture. Voir *JORF* du 30 septembre 2009, n°106, AN (C.R.), séance du 29 septembre 2009, p. 7504 et p. 7550.

²¹⁸³ Ces trois ajouts résultent des travaux des sénateurs en première lecture. Voir *JORF* du 22 décembre 2009, n°149, S (C.R.), séance du 21 décembre 2009, p. 13177 et p. 13188.

393. D'après le sénateur GÉLARD, rapporteur, quatre critères principaux auraient présidé à l'établissement de la liste et justifié l'exclusion d'un certain nombre d'emplois. D'abord s'imposèrent les critères matériels établis par la Constitution. Selon le sénateur, ceux-ci excluaient le « culturel »²¹⁸⁴. C'est la raison pour laquelle l'amendement soutenu par Jacques LEGENDRE visant à soumettre le directeur de la Villa Médicis à la nouvelle procédure fut écarté contre toute attente²¹⁸⁵. Ne furent en outre retenues que les fonctions « de responsabilité effective²¹⁸⁶ »²¹⁸⁷ dont les nominations relevaient déjà de la compétence du président de la République²¹⁸⁸, dès lors que les personnes ainsi nommées n'étaient pas préalablement élues « au sein d'un collège²¹⁸⁹ » et pourvu qu'un dispositif « garantissant la compétence et l'indépendance des candidats²¹⁹⁰ » n'existait pas déjà. Ce dernier critère de sélection appelle plusieurs remarques.

D'une part, le rapporteur citait les exemples des présidents de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS)²¹⁹¹ et de la Commission consultative du secret de la Défense nationale (CCSDN)²¹⁹². Or, dans ces deux cas, le président de la République

²¹⁸⁴ P. GÉLARD, *Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique et le projet de loi relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, S, première lecture, n°141, décembre 2009, p. 15 : « Seuls les emplois ou fonctions important pour la garantie des droits ou libertés ou la vie économique et sociale de la nation peuvent être retenus ».

²¹⁸⁵ Le rapporteur WARSMANN avait soutenu une position contraire lors des débats constitutifs de 2008 (voir *supra* p. 471 et s.).

²¹⁸⁶ P. GÉLARD, *Rapport n°141 (...), op. cit.*, p. 15-16. Cf. C. DE LA VERPILLIÈRE, *Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique et le projet de loi relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, AN, première lecture, n°1922 et 1923, septembre 2009, p. 14 : « lorsque cet organisme comprend à la fois un président du conseil d'administration et un directeur général tous deux nommés par le président de la République, [il est proposé de ne soumettre qu'une seule nomination à l'avis des commissions parlementaires compétentes] de préférence celle de ce dernier ».

²¹⁸⁷ Pour prendre un exemple, en vertu de l'article 10 de la loi n°2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, codifié depuis lors à l'article L. 592-2 du Code de l'Environnement, le président de la République désigne trois membres du collège de l'ASN (il en nomme cinq) : seul le président du collège est visé par la procédure du cinquième alinéa de l'article 13.

²¹⁸⁸ Car, précisait le rapporteur, « la mise en œuvre du dernier alinéa de l'article 13 ne [devait] pas être l'occasion d'une extension des pouvoirs du chef de l'État en matière de désignation » (P. GÉLARD, *Rapport n°141 (...), op. cit.*, p. 16).

²¹⁸⁹ Ce qui excluait de la procédure du cinquième alinéa de l'article 13, par exemple, le président de la Commission nationale informatique et liberté (CNIL) et celui de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI).

²¹⁹⁰ Le rapporteur reprend à son compte les propos du M. DE RAINCOURT, ministre chargé des relations avec le Parlement (P. GÉLARD, *Rapport n°141 (...), op. cit.*, p. 17).

²¹⁹¹ Art. 13 de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications : « La commission est présidée par une personnalité désignée, pour une durée de six ans, par le Président de la République, sur une liste de quatre noms établie conjointement par le Vice-président du Conseil d'État et le Premier président de la Cour de cassation ».

²¹⁹² Art. 2 de la loi n°98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale : « La commission comprend un président [...] choisi par le Président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, établie conjointement par le

choisit sur une liste établie par les présidents des Cours sommitales françaises. Ce choix aurait pu faire l'objet d'un contrôle, même s'il est vrai qu'en l'occurrence cela aurait pu contribuer à faire indirectement valider ou invalider par les parlementaires une présélection qui, en droit, émane non du président de la République mais des juridictions²¹⁹³. Mais, d'autre part, au moment de la discussion, les présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de l'ex-société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France, pourtant soumis à la procédure du cinquième alinéa de l'article 13, étaient « nommés par décret pour cinq ans après avis conforme du Conseil supérieur de l'audiovisuel et après avis des commissions parlementaires compétentes²¹⁹⁴ ». Sauf à penser que, pour le sénateur, l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel ne constitue pas une garantie d'indépendance suffisante, il faut admettre que le dernier critère qu'il identifiait n'était pas véritablement convaincant. La formulation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution n'interdisait nullement au législateur organique de juxtaposer la procédure d'avis parlementaire à d'autres contrôles pesant sur les nominations. Lors de son examen de la loi du 5 mars 2009, le Conseil constitutionnel put ainsi considérer que « le recours à la procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution n'interdisait pas au législateur de fixer ou d'ajouter, dans le respect de la Constitution et, notamment, du principe de la séparation des pouvoirs, des règles encadrant le pouvoir de nomination du président de la République afin de garantir l'indépendance de ces sociétés et de concourir ainsi à la mise en œuvre de la liberté de communication²¹⁹⁵ ».

394. Certains emplois n'ont pas été intégrés à la loi organique lors même qu'ils satisfaisaient aux critères relevés par le sénateur GÉLARD. Par exemple, il fut proposé en vain que les dirigeants de l'Agence de la biomédecine²¹⁹⁶ et des autres Agences françaises de sécurité

Vice-président du Conseil d'État, le Premier président de la Cour de cassation et le Premier président de la Cour des comptes ».

²¹⁹³ Sur la latitude du président de la République dans le cas d'une liste de propositions, voir le récit de Michel CHARASSE, *infra* p. 656 et s.

²¹⁹⁴ Loi n°2009-258 du 5 mars 2009 *relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*.

²¹⁹⁵ Cons. const., décis. n°2009-577 DC du 3 mars 2009, préc., cons. 9.

²¹⁹⁶ Voir *JORF* du 30 septembre 2009, n°106, AN (C.R.), séance du 29 septembre 2009, p. 7516 et 7517 (amdt. n°7 soutenu par M. URVOAS). En vertu de l'article R. 1418-6 du Code de la santé publique (dans sa version en vigueur au moment de la discussion de 2010 et non modifiée sur ce point), « le président et les membres du conseil d'administration [de l'agence de la biomédecine], à l'exclusion des membres de droit et des représentants du personnel de l'agence, sont nommés pour une durée de trois ans, renouvelable une fois sur proposition du ministre chargé de la santé ». « Le directeur général de l'agence est nommé pour une durée de trois ans renouvelable, sur proposition du ministre chargé de la santé » aux termes de l'article R. 1418-15 du même Code. L'article L. 1418-3 prévoit que « le président du conseil d'administration et le directeur général sont nommés par décret ».

sanitaire²¹⁹⁷ soient inclus dans la loi organique. Effectivement, ils sont nommés par le président de la République, sans avis préalable d'un organe indépendant, ni après élection par un collège. De surcroît, leurs missions semblent bien revêtir une certaine « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation » et c'est bien ce qui justifie que la Haute autorité de santé (HAS) et l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN), agences de sécurité sanitaire, figurent dans la liste de 2010.

Dans son rapport de 2012, le Conseil d'État déplore que d'autres fonctions éminentes n'aient pas été retenues. Pour les auteurs du rapport, la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA), l'Agence nationale de la recherche (ANR), l'Agence nationale de sûreté des médicaments (ANSM), l'Office national des forêts (ONF) et le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) auraient valablement pu figurer dans la liste retenue par le législateur organique de 2010. Et les auteurs d'ajouter qu'il :

Serait souhaitable de compléter la loi organique afin d'y inclure l'ensemble des agences dont l'importance des prérogatives et des moyens humains et financiers justifie que le Parlement se prononce sur la nomination de leurs dirigeants²¹⁹⁸.

Cependant, force est d'admettre que la formulation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution n'impose pas au législateur organique d'inclure dans le champ de la procédure tous les emplois ou fonctions revêtant une « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation ».

395. Il est, par ailleurs, intéressant de remarquer qu'à l'initiative du rapporteur DE LA VERPILLÈRE²¹⁹⁹, les députés supprimèrent de la liste l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM). En effet, l'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010 avait substitué l'Autorité de contrôle prudentiel (ACPR) à l'ACAM. Or, le président du collège de supervision et du collège de résolution de l'ACPR est, de droit, le gouverneur de la Banque de

²¹⁹⁷ Voir *JORF* du même jour, p. 7517 (amdt. n°8 soutenu par M. URVOAS). Le site internet du ministère de la santé rend compte de l'existence de dix agences de sécurité sanitaire : Agence de la biomédecine (ABM), Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES), Établissement français du sang (EFS), Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS), Haute autorité de santé (HAS), Institut national du cancer (INCa), Institut national de prévention et d'éducation pour la santé (Inpes), Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN) et Institut de veille sanitaire (InVS) (Voir <http://www.sante.gouv.fr/les-agences-sanitaires.html>).

²¹⁹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public, Volume 2 - Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La Documentation française, coll. « EDCE », 2012, p. 169-170.

²¹⁹⁹ Amdt n°1 CL. Voir *JORF* du 3 février 2010, n°61, AN (C.R.), première séance du 2 février 2010, p. 695.

France ; les parlementaires entendant soumettre la nomination du gouverneur à la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, ils n'ont pas jugé nécessaire d'établir ce qu'ils semblaient considérer comme un « double contrôle ».

Cette modification en deuxième lecture soulève la question de la conciliation de la procédure d'avis parlementaire avec les normes prévoyant que des emplois ou fonctions sont exercés de droit par une autorité déjà nommée par le président de la République. À défaut d'avoir modifié les lois qui, le cas échéant, prévoient ces emplois ou fonctions de droit, les parlementaires décidèrent de limiter, dans ces hypothèses, leur champ d'intervention. Il suffit qu'une personne ait été soumise à la procédure d'avis pour occuper une fonction x – par exemple pour être nommé gouverneur de la Banque de France –, pour la soustraire à la procédure en vue de pourvoir une autre fonction y – par exemple président du collège de supervision de l'ACPR. Une telle décision révèle que la procédure d'avis parlementaire ne constitue pas véritablement un contrôle de l'adéquation entre le candidat et le poste²²⁰⁰.

396. Ce cas particulier fait apparaître les premières limites de la procédure ayant vocation à contrôler l'*exercice* par le président de la République de sa compétence de nomination. Mais il montre également les limites de cette procédure sur le champ d'application de l'habilitation elle-même.

Dans sa version promulguée en juillet 2010, la loi organique rendait applicable la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution à cinquante-et-un emplois (sans compter les emplois soumis au dispositif en vertu d'une disposition constitutionnelle). Le Conseil constitutionnel valida cette première liste²²⁰¹. Celle-ci fut depuis lors amendée ce qui montre que la procédure du cinquième alinéa n'a guère prise sur l'habilitation présidentielle elle-même ; au contraire, elle paraît même consacrer le présidentielisme caractérisant cette habilitation.

²²⁰⁰ Sur l'évaluation des compétences et mérites des candidats, voir *infra* p. 542 et s.

²²⁰¹ Cons. const., décis. n°2010-609 DC du 12 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, préc. Sur l'analyse de cette décision et une interrogation plus ample de la réforme de 2010, voir H. JOZEFOWICZ, « Le diable gît-il dans les détails ? (...) », art. cité, p. 413-433.

2. Les modifications de la liste ou la question de l' « encadrement » de la compétence de nomination présidentielle

397. Parmi les trois exigences annoncées par le comité BALLADUR pour « encadrer les nominations présidentielles²²⁰² », la première consistait avant tout à « clarifier les compétences respectives du président de la République et du Premier ministre en matière de nominations²²⁰³ ». L'idée est que l'instauration d'un contrôle parlementaire des nominations présidentielles ne serait pleinement efficace et pertinente qu'à la condition que l'envergure exacte de l'habilitation à encadrer ait été préalablement identifiée. Rien de tel ne fut entrepris. Et compte tenu de l'agencement des normes relatives à la compétence de nomination du président de la République et de leur interprétation, il est impossible de déterminer exactement le champ d'application de cette habilitation²²⁰⁴. Aux députés qui, en 2010, lui demandèrent la liste exhaustive des nominations pourvues par le président de la République, le rapporteur DE LA VERPILLÈRE affirma :

Je veux bien m'engager à présenter un état des lieux, mais seulement en ce qui concerne celles qui sont prévues par une forme écrite. Vous savez que certaines d'entre elles ne reposent pas sur un texte et une liste exhaustive serait aléatoire²²⁰⁵.

Selon le comité BALLADUR, la procédure du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution avait pour objet d' « encadrer le pouvoir de nomination du président de la République ». Au vu du texte adopté et de ses normes de concrétisation, seul l'exercice de cette compétence paraît avoir été « mis dans un cadre ». L'habilitation elle-même n'est nullement circonscrite. Et, contrairement à ce qui est parfois écrit²²⁰⁶, la procédure peut concerner aussi bien des nominations pourvues en Conseil des ministres que des nominations pourvues par décret simple. Le champ d'application de la compétence présidentielle de nomination semble inchangé par le cinquième alinéa de l'article 13. Les modifications apportées à la loi organique du 23 juillet 2010 en témoignent puisque le nombre de nominations présidentielles peut toujours augmenter ou diminuer.

²²⁰² COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16.

²²⁰³ *Loc. cit.*

²²⁰⁴ Pour la démonstration de cette affirmation, voir *supra* p. 220 et s.

²²⁰⁵ C. DE LA VERPILLÈRE, *Rapport n^{os} 1922 et 1923 (...)*, *op. cit.*, p. 39.

²²⁰⁶ Par exemple, O. DORD, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 48 ; E. MATUTANO, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *Droit administratif*, n^o8, 2011, p. 18-23.

398. La loi organique de juillet 2010 fut modifiée à six reprises ce qui donna lieu à autant de décisions du Conseil constitutionnel. Tous les ajouts ou suppressions auxquels procéda le législateur organique furent jugés conformes à la Constitution, à l'exception de la disposition qui entendait soumettre à la procédure d'avis parlementaire la nomination du président de l'Institut national de l'audiovisuel (INA)²²⁰⁷.

Premièrement, en mars 2011, furent supprimées de la liste les mentions de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), du Défenseur des enfants, de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et du Médiateur de la République²²⁰⁸. Le Défenseur des droits, nommé par le président de la République en vertu de l'article 71-1 de la Constitution, se substitue en effet à ces quatre autorités²²⁰⁹. La liste annexée à la loi organique de 2010 ne comportait alors plus que quarante-sept emplois.

Intervint deuxièmement, sur une initiative parlementaire²²¹⁰, la loi organique n°2012-1557 du 31 décembre 2012 *relative à la nomination du directeur général de la société anonyme BPI-Groupe* dont l'objet unique est précisément de soumettre la nomination du directeur général de la Banque publique d'investissement (BPI-Groupe) à la procédure du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution²²¹¹. La loi ordinaire du même jour, qui prévoit la substitution de

²²⁰⁷ Cons. const., décis. n°2013-677 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*, JORF n°0266 du 16 novembre 2013, p. 18633, cons. 9 et 10 (voir *infra* p. 519)

²²⁰⁸ En vertu de l'article 43 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*. L'article 1^{er} de la loi organique du 29 mars 2011 précise que la nomination du Défenseur s'effectue par décret en Conseil des ministres. Voir Cons. const., décis. n°2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, JORF du 30 mars 2011, p. 5507, *Rec.* p. 165, cons. 19.

²²⁰⁹ Art. 1^{er} de la loi organique précitée. Quant à cette institution la littérature est abondante. Voir en particulier le numéro spécial consacré au Défenseur des droits par la *Revue française d'administration publique*, n°139, 2011, 296 p. et notam. les articles de O. RENAUDIE (« La genèse complexe du Défenseur des droits », p. 397-408), J.-L. AUTIN (« Le statut du Défenseur des droits », p. 421-431), J. CHEVALLIER (« Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », p. 433-445), L. CLUZEL-MÉTAYER (« Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », p. 447-460) et S. SLAMA (« Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », p. 461-476). Voir également M. VERPEAUX, « Naissance d'un Ombudsman à la française », *JCP G.*, n°14, 2011, p. 648 ; du même auteur, « Il est né le défenseur des droits. À propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP G.*, n°17, 2011, p. 823-828.

²²¹⁰ La société anonyme et l'EPIC « BPI » ont été créés par la loi ordinaire du 31 décembre 2012. Quant à leur soumission à la procédure étudiée, deux propositions de loi organique furent présentées au Sénat (fin octobre 2012) et à l'Assemblée nationale (début novembre 2012). Les députés G. CARREZ, C. ECKERT et J.-J. URVOAS entendaient soumettre à la procédure de l'article 13 non seulement le directeur général de la société anonyme « BPI-groupe » mais encore le président du conseil d'administration de l'établissement public « BPI-groupe » (proposition n°349, déposée le 8 novembre 2012). Le sénateur F. MARC proposait, pour sa part, que seul le directeur de la société anonyme soit visé par la procédure. C'est cette dernière solution qui fut adoptée en définitive (F. MARC, *Rapport au nom de la commission des lois sur la proposition de loi organique relative à la nomination des dirigeants de BPI-Groupe*, S, première lecture, n°189, décembre 2012, p. 14-15). Ses arguments ne sont guère éloignés des critères qu'avait développés P. GÉLARD en décembre 2009 (ils ont été examinés *supra* p. 474 et s.).

²²¹¹ Cons. const., décis. n°2012-663 DC du 27 décembre 2012, *Loi organique relative à la nomination du*

la BPI à OSEO, établit la nomination « par décret » du président du conseil d'administration de l'établissement public « BPI-groupe »²²¹² et du directeur général de la société anonyme éponyme²²¹³. Premièrement, cela soulève une difficulté déjà identifiée : la simple mention d'une nomination « par décret » est, sans autre questionnement et comme une évidence, considérée comme une nomination relevant de la compétence présidentielle exercée par décret simple. Deuxièmement, cela confirme que le législateur organique agissant dans le cadre du cinquième alinéa de l'article 13 n'a pas pris sur l'habilitation présidentielle elle-même. Sa compétence est conditionnée par la préexistence d'une nomination présidentielle, laquelle est tantôt décidée par une simple loi (comme dans le cas de la BPI), tantôt par une loi organique, tantôt par un décret²²¹⁴. Enfin, il est remarquable qu'en l'occurrence le Gouvernement n'a pas lui-même pris l'initiative de soumettre les nominations qu'il créait à la procédure d'avis parlementaire en élaborant, parallèlement et à cette fin, un projet de loi organique.

Troisièmement, la liste d'emplois ou fonctions soumis à la procédure du cinquième alinéa de l'article 13 fut modifiée par l'adoption de la loi organique du 11 octobre 2013²²¹⁵. La loi ordinaire du même jour créa la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) et prescrivit la nomination du président de cette nouvelle autorité administrative indépendante par « décret du président de la République »²²¹⁶. Une fois encore la loi ordinaire vint augmenter le champ d'application de la compétence de nomination du président de la République, tandis que la loi organique soumit le président de l'HATVP à l'avis parlementaire.

Quatrièmement, en novembre 2013, la loi organique *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*²²¹⁷ abrogea la loi organique n°2009-257 du 5 mars 2009²²¹⁸. Ceci eut pour effet de soustraire à la compétence de nomination du président de la République les nominations des présidents de l'audiovisuel public. En conséquence, la loi organique de

directeur général de la société anonyme BPI-Groupe, JORF du 1^{er} janvier 2013, p. 53, *Rec.* p. 711 cons. 4.

²²¹² Art. 2 de la loi n°2012-1559 du 31 décembre 2012 *relative à la création de la Banque publique d'investissement*.

²²¹³ Art. 3 de la loi préc.

²²¹⁴ Voir l'étude menée *supra* p. 220 et s.

²²¹⁵ Art. 8 de la loi organique n°2013-906 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*.

²²¹⁶ Art. 19 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*.

²²¹⁷ Loi organique n°2013-1026 du 15 novembre 2013 *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*.

²²¹⁸ Loi organique n°2009-257 du 5 mars 2009 *relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*.

novembre 2013 supprima les mentions des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France de la liste annexée à la loi organique du 23 juillet 2010. L'adoption de cette loi illustre, là encore, combien la procédure d'avis parlementaire n'a pas prise sur l'habilitation présidentielle elle-même. La compétence de nomination du président de la République ne paraît ni limitée ni consolidée par l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Cette loi organique entendait en revanche soumettre la nomination du président de l'INA à la procédure étudiée. De façon lapidaire, le Conseil constitutionnel décida que « cette fonction n'entre pas dans le champ d'application du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution²²¹⁹ ». Il a donc considéré que les fonctions exercées par le président de l'INA ne présentent pas d'« importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation ».

En cinquième lieu, la loi organique du 4 août 2014, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2014, soumit à la procédure étudiée la nomination du président du conseil de surveillance, du président du directoire et du président délégué du directoire de la SNCF, refondue par la loi ordinaire du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire*. Cette dernière créa le groupe public ferroviaire comprenant l'établissement public industriel et commercial (EPIC) « SNCF », « SNCF Mobilités » (ex-SNCF) et « SNCF réseau » (ex-RFF). La mention des nominations des présidents de RFF et de la SNCF a été supprimée de la loi organique de juillet 2010, sur une initiative des députés²²²⁰, tandis qu'y furent ajoutées celles des trois principaux dirigeants de l'EPIC « SNCF ».

Enfin, la loi organique du 27 juillet 2015 ajouta à la liste annexée à la loi organique de juillet 2010, la nomination du Président de Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)²²²¹. Cette autorité administrative indépendante fut instituée par la loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 *relative au renseignement*. Elle se substitue à la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) qui, elle, n'était pas soumise à la procédure d'avis parlementaire par le législateur organique en juillet 2010²²²². La décision de soumettre la nomination du Président de la CNCTR à la procédure de l'article 13 alinéa 5

²²¹⁹ Cons. const., décis. n°2013-677 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*, préc., cons. 10.

²²²⁰ Proposition de loi organique relative à la nomination des dirigeants de la SNCF présentée par J.-P. CHANTEGUET, J.-J. URVOAS, G. SAVARY *et alii*, n°1877, AN, déposée le 10 avril 2014.

²²²¹ Loi n°2015-911 du 24 juillet 2015 *relative à la nomination du président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement*.

²²²² Voir *supra* (p. 474 et s.) l'étude des motifs avancés pour fonder l'exclusion du CNCIS.

intervient à l'occasion de la première lecture du texte à l'Assemblée nationale²²²³. Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré ce nouvel ajout²²²⁴.

Quarante-sept emplois ou fonctions dans quarante-cinq institutions sont donc actuellement visés par la procédure du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution en vertu de la loi organique du 23 juillet 2010²²²⁵.

De prime abord, il semble donc que le législateur organique, agissant sur le fondement du cinquième alinéa de l'article 13, soit pleinement lié par les autres normes susceptibles de confier ou d'ôter au président de la République la compétence pour prononcer certaines nominations. Pourtant, cette habilitation bénéficiant au législateur organique n'est pas sans conséquence sur la ductilité de la compétence de nomination du président de la République.

²²²³ Voir J.-J. URVOAS, *Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au Renseignement*, AN, n°2697, avril 2015, p. 186.

²²²⁴ Cons. const., décis. n°2015-714 DC du 23 juillet 2015, *Loi organique relative à la nomination du président de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement*, JORF du 26 juillet 2015, p. 12751.

²²²⁵ Aéroports de Paris (président-directeur général), Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (président du conseil), Agence de financement des infrastructures de transport de France (président du conseil d'administration), Agence française de développement (directeur général), Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (président du conseil d'administration), Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (directeur général), Agence nationale pour la rénovation urbaine (directeur général), Autorité de la concurrence (président), Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (président), Autorité des marchés financiers (président), Autorité des normes comptables (président), Autorité de régulation des activités ferroviaires (président), Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (président), Autorité de sûreté nucléaire (président), Banque de France (gouverneur), Caisse des dépôts et consignations (directeur général), Centre national d'études spatiales (président du conseil d'administration), Centre national de la recherche scientifique (président), Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (président), Commissariat à l'énergie atomique (administrateur général), Commission de régulation de l'énergie (président du collège), Commission de la sécurité des consommateurs (président), Commission nationale du débat public (président), Commission prévue au dernier alinéa de l'article 25 de la Constitution (président), Compagnie nationale du Rhône (président du directoire), Conseil supérieur de l'audiovisuel (président), Contrôleur général des lieux de privation de liberté (Contrôleur général), Électricité de France (président-directeur général), La Française des jeux (président-directeur général), Haut conseil des biotechnologies (président), Haute autorité pour la transparence de la vie publique (président), Haute autorité de santé (président du collège), Institut national de la recherche agronomique (président), Institut national de la santé et de la recherche médicale (président), Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (directeur général), Pôle emploi (directeur général), Météo-France (président-directeur général), Office français de protection des réfugiés et apatrides (directeur général), Office national des forêts (directeur général), Société anonyme BPI-Groupe (directeur général), La Poste (président du conseil d'administration), Régie autonome des transports parisiens (président-directeur général), SNCF (président du conseil de surveillance, président du directoire et président délégué du directoire) et Voies navigables de France (président du conseil d'administration).

3. Des conséquences de la loi organique de juillet 2010 sur la ductilité de l'habilitation présidentielle

La loi organique d'application du dernier alinéa de l'article 13 (et les lois organiques qui régulièrement la modifient) appelle deux remarques s'agissant de ses conséquences sur la ductilité de l'habilitation présidentielle : une affirmation (a) et une interrogation (b).

a. De nouveaux emplois dont la nomination ne peut être déléguée au Premier ministre

399. Il est possible d'affirmer que l'intervention de la loi organique de juillet 2010 a pour conséquence de consolider indirectement la compétence présidentielle. Certes, comme cela a été montré, ni l'article 13 alinéa 5 de la Constitution ni la loi organique susmentionnée n'empêchent le législateur et le pouvoir réglementaire de modifier le nombre des nominations soumises à la signature présidentielle. Mais cette loi organique consolide indirectement la compétence de nomination du président de la République pour les emplois ou fonctions qui y sont énumérés dans la mesure où, dès lors que ces emplois ou fonctions y figurent, le président de la République ne peut plus déléguer au Premier ministre sa compétence, si tant est qu'il ait consenti à le faire²²²⁶.

b. Le rapport entre la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution et les « garanties légales des exigences constitutionnelles »

400. La concrétisation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution suscite une interrogation relative « aux garanties légales des exigences constitutionnelles²²²⁷ ». Le Conseil constitutionnel veille effectivement à ce qu'un certain nombre d'exigences constitutionnelles soient légalement garanties²²²⁸. Cette jurisprudence, souvent dite de l'« effet cliquet » ou

²²²⁶ La question de la délégation par le président de la République au Premier ministre de la compétence de nomination est étudiée *supra* p. 257 et s.

²²²⁷ L'expression apparaît pour la première fois *in* Cons. const. décis. n°86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi de réforme du régime de la presse*, *JORF* du 30 juillet 1986, p. 9393, *Rec.* p. 110, cons. 3.

²²²⁸ Le Conseil constitutionnel affirma en 1984 que « s'agissant d'une liberté fondamentale [...], la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » (Cons. const. décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, *JORF* du 13 octobre 1984, p. 3200, *Rec.* p. 78, cons. 37).

« effet plancher »²²²⁹, ne conduit pourtant pas le Conseil constitutionnel à censurer toute régression en matière de droits et libertés.

Lorsqu'il examine les atteintes portées aux droits et libertés par [des] dispositions litigieuses, le Conseil constitutionnel prend en compte, à titre d'éléments relais, les garanties dont ceux-ci sont assortis. [...] Pour mesurer l'atteinte portée à un droit ou une liberté lorsque le législateur procède à l'abrogation ou à la modification de dispositions législatives antérieurement promulguées, le Conseil constitutionnel évalue la portée du nouveau dispositif par rapport à l'état du droit existant²²³⁰.

Plusieurs hypothèses peuvent être émises quant à la conciliation entre la procédure du cinquième alinéa de l'article 13 et la protection par le Conseil constitutionnel des garanties légales des exigences constitutionnelles.

401. En premier lieu, la loi organique du 23 juillet 2010 pourrait être considérée en soi comme une garantie légale de l'exigence constitutionnelle consistant à « encadrer le pouvoir de nomination du président de la République²²³¹ ». Cette exigence se présenterait elle-même comme un moyen de garantir d'autres droits et libertés. Une telle idée peut se décliner suivant une conception forte ou une conception faible.

Suivant la conception forte, d'une part, aucun emploi ou fonction de la liste ne pourrait être supprimé. Il s'agirait alors d'une résurgence de « l'effet-cliquet » que le Conseil constitutionnel a explicitement écartée relativement à l'article 13 alinéa 5²²³², comme dans d'autres domaines²²³³. Suivant la conception faible, d'autre part, la loi organique de juillet 2010 ne serait qu'une garantie parmi d'autres, ce qui suppose que le législateur organique

²²²⁹ À propos de la distinction entre « effet-plancher », « effet-cliquet » et « garanties légales des exigences constitutionnelles », voir A. VIDAL-NAQUET, *Les « Garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2007, p. 220-235. Voir aussi C. BOYER-CAPELLE, « L' "effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1718-1725.

²²³⁰ A. VIDAL-NAQUET, « Commentaire sous CC, n°86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse* », in M. VERPEAUX et alii., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, op. cit., p. 435.

²²³¹ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 16.

²²³² Cons. const., décis. n°2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, préc., cons. 19 ; Cons. const., décis. n°2012-663 DC du 27 décembre 2012, *Loi organique relative à la nomination du directeur général de la société anonyme BPI-Groupe*, préc., cons. 4 ; Cons. const., décis. n°2014-697 DC du 24 juillet 2014, *Loi organique relative à la nomination des dirigeants de la SNCF*, *JORF* du 5 août 2014, p. 12965, cons. 5 ; Cons. const., décis. n°2013-677 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*, préc., cons. 9 et 10.

²²³³ Pour l'analyse de cet « effet cliquet » sur la perte de compétence du législateur, voir notam. A. ROBLLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, op. cit., p. 184-186.

puisse supprimer des emplois ou fonctions de la liste, pourvu qu'il existe des garanties concurrentes. Telle est la position que semble avoir retenue le Conseil constitutionnel s'agissant de la nomination des présidents des sociétés de l'audiovisuel public. En 1989, le Conseil constitutionnel avait estimé que la nomination des présidents de ces sociétés par le CSA, autorité administrative indépendante, constituait une garantie légale de la liberté de communication²²³⁴. Lorsqu'en 2009, le législateur organique revint sur ce mode de nomination pour confier ces décisions au président de la République après avis conforme du CSA et des commissions parlementaires compétentes, le Conseil constitutionnel ne censura pas le dispositif²²³⁵. Il jugea que le CSA demeurait bien l'autorité de désignation : « les nominations des présidents des sociétés nationales de programme ne peuvent intervenir qu'avec l'avis conforme du Conseil supérieur de l'audiovisuel ; qu'ainsi ces nominations ne peuvent être décidées sans l'accord de cette autorité administrative indépendante²²³⁶ ». Comme l'écrit le professeur VIDAL-NAQUET, « le transfert du pouvoir de nomination au président de la République n'est pas constitué dans la mesure où les nominations doivent toujours être décidées avec l'accord du CSA²²³⁷ ». Ce dernier fut bien considéré comme coauteur des nominations de sorte qu'il est permis de penser que fut ainsi préservée la « garantie légale » de la liberté de communication²²³⁸. Pour cette même raison, le Conseil constitutionnel ne censura pas davantage la loi organique de novembre 2013 supprimant le dispositif de 2009, transférant la compétence de nomination au CSA et ôtant corrélativement aux parlementaires le pouvoir de participer à ces nominations²²³⁹. Il ressort bien des décisions de 2009 et de 2013 précitées que les conditions de nomination des présidents des chaînes publiques ne sont qu'un moyen, parmi d'autres, d'assurer l'indépendance de ces sociétés, qui est lui-même au service de la liberté de communication. D'où la seconde hypothèse.

²²³⁴ Cons. const., décis. n°89-259 DC du 26 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *JORF* du 28 juillet 1989, p. 9505, *Rec.* p. 66, cons. 8 : « Considérant que les modifications ainsi apportées à la loi du 30 septembre 1986 n'affectent pas le mode de désignation des présidents des sociétés nationales de programme ; que leur nomination *relève toujours* d'une autorité administrative indépendante et la durée de leur mandat reste fixée à trois ans ; que ces modifications n'aboutissent *donc* pas à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » (nous soulignons).

²²³⁵ Cons. const., décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009, préc., cons. 7 à 10.

²²³⁶ *Idem*, cons. 8.

²²³⁷ A. VIDAL-NAQUET, « Commentaire sous CC, n°86-210 DC, 29 juillet 1986 (...), in M. VERPEAUX *et alii.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 435.

²²³⁸ Sur les conditions d'identification de l'auteur d'un acte juridique, voir les développements proposés *supra* p. 331 et s.

²²³⁹ Cons. const., décis. n°2013-677 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*, préc., cons. 9 et 10.

402. En second lieu, la loi organique du 23 juillet 2010 pourrait n'être nullement considérée comme une garantie légale d'une exigence constitutionnelle. En d'autres termes, le législateur organique pourrait sans condition dérober à la procédure d'avis parlementaire des nominations qui y étaient antérieurement assujetties. Telle est peut-être la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel admit « que l'article 13 de la Constitution ne saurait faire obstacle à ce que le législateur supprime un emploi ou une fonction de ce tableau [*énumérant les emplois et fonctions soumis à l'avis parlementaire et annexé à la loi organique générale de juillet 2010*] ; que cette suppression n'est contraire à aucune exigence constitutionnelle²²⁴⁰ ». Mais, poussée à ses dernières limites, cette solution implique que le législateur organique puisse aller jusqu'à abroger la loi organique du 23 juillet 2010 sans encourir la censure. Une telle solution paraît difficilement admissible et il est peu probable que le Conseil constitutionnel s'y incline.

403. Compte tenu de ce qui précède, il est possible de considérer que, chaque fois que le haut Conseil est saisi d'une loi modifiant la loi organique du 23 juillet 2010, il veille – implicitement – à contrôler le respect d'un certain nombre d'exigences. De ce point de vue, si à l'avenir un emploi devait être supprimé de la liste – et donc soustrait au contrôle parlementaire –, deux options s'offriraient au Conseil constitutionnel : soit il s'assurera que la procédure de nomination alternative est suffisamment protectrice de l'emploi concerné et présente des garanties équivalentes à la procédure de l'article 13 alinéa 5 ; soit il exigera que l'emploi supprimé soit remplacé par un emploi « équivalent ». Telle semble bien être la « doctrine de l'institution²²⁴¹ ». En effet, dans le commentaire de la décision 2013-677 DC fourni par le Conseil constitutionnel sur son site internet, il est indiqué que :

²²⁴⁰ Cons. const., décis. n°2012-663 DC du 27 décembre 2012, *Loi organique relative à la nomination du directeur général de la société anonyme BPI-Groupe*, préc., cons. 4 ; Cf. *mutatis mutandis* Cons. const., décis. n°2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, préc., cons. 19 ; Cons. const., décis. n°2014-697 DC du 24 juillet 2014, *Loi organique relative à la nomination des dirigeants de la SNCF*, préc., cons. 5 ; Cons. const., décis. n°2013-677 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*, préc., cons. 9 et 10.

²²⁴¹ Cette expression est empruntée au professeur MAGNON. Elle vise la doctrine qui transparaît dans les « communiqués de presse, dossiers documentaires, commentaires de l'institution, anciennement commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, tous publiés en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel sous chaque décision, résumés des décisions présentés dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, tables analytiques en ligne sur le site, commentaires ponctuels des membres du service juridique et du secrétaire général dans les revues juridiques spécialisées et contributions, commentaires et autres discours des membres du Conseil constitutionnel ou des services de celui-ci publiés dans des revues et des ouvrages ou encore disponibles en ligne sur le site du Conseil constitutionnel » (X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », art. cité, p. 207).

La question de savoir quel est le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur le retrait d'une fonction ou d'un emploi du tableau annexé à la loi organique du 23 juillet 2010 n'avait pas été posée avant la décision du 14 novembre 2013. Certes, la loi organique du 31 décembre 2012 précitée a substitué dans ce tableau l'emploi de président de la BPI à celui de président du conseil d'administration d'OSEO France. Mais c'est parce que la BPI avait justement pour objet de regrouper OSEO et le Fonds stratégique d'investissement. Il s'agissait, en réalité, d'une opération neutre, et non une opération de soustraction [*sic*]²²⁴².

Quoiqu'en dise l'auteur de ce « commentaire officiel », la neutralité de l'opération peut pourtant être discutée. Pour prendre un exemple assez flagrant, si un emploi avait vocation à se substituer à vingt autres emplois ou fonctions de la liste, la garantie apportée par l'avis parlementaire de l'article 13 serait-elle suffisante ? La concentration des compétences au profit d'une institution ne risquerait-elle pas de priver de garanties légales certaines exigences constitutionnelles ? Une réponse affirmative semble s'imposer.

404. Pour conclure, la loi organique générale de concrétisation du cinquième alinéa de l'article 13 pourrait donc éventuellement avoir prise sur *le champ d'application de l'habilitation* présidentielle en matière de nomination. Elle pourrait être conçue comme une véritable garantie légale que le législateur organique de demain ne pourrait remettre en cause sauf, à la manière d'un effet cliquet, pour mieux garantir encore les conditions de nomination. Mais le Conseil constitutionnel ne paraît pas s'engager dans cette voie.

Aussi étroit soit son champ d'application, la procédure d'avis parlementaire a donc moins pour effet de limiter l'extension de la compétence présidentielle de nomination que de la consolider, tout en empêchant au président de la République d'en déléguer l'exercice. Au reste, ses conséquences sur l'exercice de sa compétence par le chef de l'État sont nuancées.

²²⁴² Cons. const., décis. n°2013-677 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*, préc., Commentaire officiel, p. 10 du PDF (nous soulignons).

SECTION 2. UN CONTRÔLE À LA PORTÉE NUANCÉE

405. La question des effets de la procédure invite d'abord à s'interroger sur le caractère contraignant de l'avis émis par les commissaires. Le comité BALLADUR proposa que les parlementaires, réunis en une commission mixte paritaire *ad hoc*, émettent par un vote à la majorité simple un avis insusceptible de lier le président de la République²²⁴³. Dans le projet de loi constitutionnelle qu'il soumit aux assemblées, le Gouvernement n'établissait aucune modalité d'expression de l'avis dont il envisageait la création, aucune modalité de scrutin et renvoyait, pour ce faire, à la loi organique²²⁴⁴. L'article 13 alinéa 5 confie pour sa part à la loi ordinaire le soin de déterminer les « commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés » lesquels sont sélectionnés par le législateur organique. En revanche, c'est une disposition constitutionnelle elle-même qui donne à l'avis en cause le caractère d'un avis conforme négativement qualifié²²⁴⁵. Il s'agit d'un avis conforme car l'article 13 alinéa 5 du texte constitutionnel établit que « le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». Mais c'est un avis conforme négativement qualifié puisque les parlementaires ne peuvent pas opposer leur veto à une majorité simple.

406. Certes, le pouvoir ainsi reconnu aux parlementaires constitue « une immixtion inédite du Parlement dans le champ des nominations présidentielles aux emplois publics²²⁴⁶ », mais le seuil à partir duquel le Président est contraint de ne pas nommer la personne par lui envisagée permet en soi, et avant toute application, de douter de l'efficacité de cette procédure présentée comme un « encadrement du pouvoir de nomination du président de la République²²⁴⁷ ». Comme l'écrit le professeur ROBLOT-TROIZIER :

²²⁴³ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 18.

²²⁴⁴ Voir art. 4 du projet de loi constitutionnelle et J.-L. WARSMANN, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, AN, première lecture, n°892, mai 2008, p. 520.

²²⁴⁵ Les professeurs CONSTANTINESCO et PIERRÉ-CAPS le présentent pour leur part comme un « vote négatif qualifié » *in Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 360.

²²⁴⁶ J. BENETTI et G. SUTTER, « Le parlementarisme après la révision constitutionnelle de 2008 : tout changer pour ne rien changer ? », *Politeia*, n°15, 2009, p. 371.

²²⁴⁷ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16.

Ces commissions ne rendent qu'un avis simple et ne peuvent s'opposer à la nomination présidentielle qu'à une majorité renforcée difficile à obtenir, de sorte que l'encadrement de la nouvelle prérogative présidentielle par le pouvoir législatif tient essentiellement à la publicité de l'avis²²⁴⁸.

Tout entière parcourue par la recherche d'équilibres – équilibre entre les pouvoirs présidentiels et la volonté de « revaloriser la fonction parlementaire²²⁴⁹ » ; équilibre entre majorité et opposition ; équilibre enfin entre les Chambres –, la procédure d'avis parlementaire paraît avoir manqué son ambition.

Quelque transparence qu'elle ait introduit dans le processus de nomination (§2), la procédure du cinquième alinéa de l'article 13 ne paraît nullement pouvoir s'opposer aux « nominations de complaisance²²⁵⁰ » (§1).

§1. Un contrôle restreint à l'erreur manifeste de désignation

Le dispositif d'avis parlementaire adopté en 2008, et dont la procédure fut pour partie établie en 2010, est manifestement limité en portée ; tout au plus permet-il un contrôle de l'erreur manifeste de désignation²²⁵¹. Cela tient, d'une part, au seuil retenu pour refuser une

²²⁴⁸ A. ROBLOT-TROIZIER, « Commentaire sous CC, n°2009-577 DC, 3 mars 2009 (...) », in M. VERPEAUX *et alii.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 122. À notre sens, dans la mesure où les parlementaires peuvent s'opposer à une nomination, il n'est pas exact de n'y voir qu'un avis simple. Le professeur ROBLOT-TROIZIER indique d'ailleurs en d'autres lignes de son commentaire que les parlementaires disposent d'un « droit de veto » (p. 120 par exemple). Nous souscrivons néanmoins au reste de la proposition.

²²⁴⁹ Tel était un des objectifs du comité BALLADUR (COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 64 et s.).

²²⁵⁰ L'expression fut employée par Nicolas SARKOZY dans la version orale de son discours d'Épinal (non dans sa version remise à la presse). Elle fut ensuite réutilisée lors des débats portant sur la révision constitutionnelle de 2008 (par exemple J.-C. SANDRIER, intervention en séance publique du 22 mai 2008, *JORF* du 23 mai 2008, n°37 [3], AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2402) comme lors des débats sur le projet de loi organique de juillet 2010 (par exemple J.-C. LAGARDE, intervention en séance publique du 29 septembre 2009, *JORF* du 30 septembre 2009, n°106, AN (C.R.), p. 7507). L'idée n'est pas neuve (voir les éléments proposés en introduction de la thèse) : lutter contre les « nominations de complaisance » est un leitmotiv sous la Cinquième République. Voir par exemple, au sujet du statut des préfets de 1964, A. PASSERON, « Le nouveau statut du préfet devrait donner plus d'unité et de mobilité au corps préfectoral », *Le Monde*, 9 juillet 1964.

²²⁵¹ Nous nous inspirons ici des mots du rapporteur WARSMANN qui présentait cette procédure comme permettant un contrôle de « l'erreur manifeste de nomination » (exposé des motifs sous l'amendement CL n°47 rect. du 16 mai 2008 et J.-L. WARSMANN, *Rapport n°892 (...)*, *op. cit.*, p. 147). Nous préférons l'expression « erreur manifeste de désignation » attendu que, à proprement parler, la nomination n'intervient qu'après le contrôle parlementaire.

nomination. Il s'agissait de trouver un équilibre entre les pouvoirs de la majorité et ceux de l'opposition ; la réforme ne profite guère à cette dernière (A). Cela tient, d'autre part, aux modalités plus concrètes du scrutin qui furent l'occasion d'âpres discussions entre les assemblées (B).

A. Une procédure disputée entre majorité et opposition

407. Dans la recherche d'un équilibre entre majorité et opposition, il semble que la majorité l'ait emporté. L'agrément des nominations présidentielles est largement remis aux mains de la majorité.

La révision de l'article 13 en 2008 fut l'occasion pour les parlementaires français de se confronter à la question majeure qui est celle de savoir comment assurer des nominations de qualité, exemptes d'une suspicion quant à leurs motivations. Après avoir admis, non sans discussion²²⁵², le principe de leur participation au processus de désignation, les parlementaires s'interrogèrent sur les moyens de déterminer la majorité adéquate pour garantir des nominations qui, à défaut d'être vraiment *a-politiques* et non motivées par les connivences, n'auraient pas la récompense pour seul objectif ou l'amitié pour mobile exclusif. Sur une initiative du président de la commission des lois de l'Assemblée nationale de l'époque, il fut décidé que l'avis en cause serait contraignant à la condition que trois cinquièmes du total des votes exprimés (ce qui exclut les votes blancs et nuls) soient négatifs²²⁵³. En d'autres termes, si 60% au moins des commissaires du Sénat et de l'Assemblée nationale se prononcent contre la proposition, alors le président de la République ne peut procéder à la nomination. Si 40% d'entre eux ou plus acceptent le candidat, la proposition est confirmée.

L'exigence d'une majorité qualifiée des trois cinquièmes pour émettre un avis défavorable permettra de s'assurer que l'avis défavorable fait l'objet d'un consensus qui dépasse l'appartenance politique des membres des deux assemblées et justifie par conséquent ses effets contraignants sur la nomination envisagée par le président de la République. Le présent

²²⁵² Voir *supra* p. 456 *sq.* et p. 464 *sq.*

²²⁵³ Voir l'amendement CL n°47 rectificatif du 16 mai 2008 déposé par J.-L. WARSMANN.

amendement permettra ainsi à la procédure de consultation préalable à la nomination à certains emplois de jouer pleinement son rôle de contrôle de « l'erreur manifeste de nomination »²²⁵⁴.

Deux arguments se dégagent de l'exposé de motifs présenté par le Président WARSMANN pour justifier le seuil de veto retenu. D'une part, cette majorité qualifiée doit permettre le dépassement des clivages partisans dans le cadre du refus, ce qui limiterait la « politisation partisane²²⁵⁵ » des nominations concernées. D'autre part, la procédure doit seulement opérer contre une « erreur manifeste de nomination ». Rien ne s'oppose donc à des nominations pour des mobiles politiques. Effectivement, si le seuil critique est atteint, si 60% au moins des voix expriment le rejet du candidat, cela suppose qu'il n'est pas parvenu à emporter l'acquiescement de la majorité parlementaire favorable au Président. Cela est vrai du moins hors cohabitation et pourvu que cette majorité soit disciplinée. Autrement dit, dans la plupart des configurations partisanses sous la Cinquième République, il faudrait que même les parlementaires soutenant le président de la République aient renoncé à valider la proposition présidentielle pour qu'un veto soit effectivement prononcé. L'objectif et l'argument qui le soutient sont clairs : il ne s'agit pas de trouver le consensus *pour* la nomination mais *contre* elle. Un tel mécanisme « relève bien de la logique négative [*du parlementarisme à la française*] : c'est aux parlementaires de prouver qu'ils sont assez nombreux à s'opposer explicitement à la nomination²²⁵⁶ ».

408. Les partis minoritaires²²⁵⁷ en 2008, Parti Socialiste en tête, semblaient ainsi fondés à estimer qu'un tel seuil consacrerait la politisation des nominations ; ou, à tout le moins, ne l'empêcherait pas. Selon eux, si 40% de « oui » suffisaient pour que la candidature soit reçue, alors cela signifie que la majorité parlementaire peut, seule, avaliser une nomination. Corrélativement d'ailleurs, les voix de la majorité seront encore nécessaires pour permettre la censure. Dans un contexte d'identité de parti entre président de la République et Parlement, la mesure dite « d'encadrement des nominations²²⁵⁸ » ne permettrait pas de limiter les considérations partisanses animant potentiellement les choix élyséens. Une telle majorité

²²⁵⁴ Exposé des motifs sous l'amendement préc.

²²⁵⁵ Telle est l'expression déjà citée retenue par le professeur MÉNY : « À la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 21. Il la définit comme « la politisation [qui] se marque essentiellement par l'adhésion explicite ou implicite des fonctionnaires à un parti politique ».

²²⁵⁶ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? (...) », art. cité, p. 23 (du PDF disponible en ligne).

²²⁵⁷ Au sens commun qui se distingue du sens du langage du Droit : les partis qui n'appartiennent pas à la majorité.

²²⁵⁸ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16.

qualifiée serait au contraire une façon de confirmer la teneur politique de la décision, en négligeant le rôle de l'opposition parlementaire comme contre-pouvoir²²⁵⁹. Tel fut, en substance, le raisonnement mené, principalement par les groupes de gauche, dans chaque Assemblée²²⁶⁰.

Ils proposaient, pour leur part, soit de prévoir une majorité simple²²⁶¹, soit d'instaurer une majorité qualifiée de trois cinquièmes de votes positifs²²⁶². Ainsi, pensaient-ils, l'impétrant devrait convaincre non seulement la majorité parlementaire, mais encore l'opposition et, à ce titre, surmonter les clivages²²⁶³. Cette opinion semble d'ailleurs avoir commandé, à la suite de l'alternance de 2012, les dispositions de la loi *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public* qui établit que le Conseil supérieur de l'audiovisuel se compose de sept membres (au lieu de neuf antérieurement) dont six sont nommés par les présidents de chaque assemblée (trois chacun) après avis de la commission des affaires culturelles émis à la majorité positive des trois cinquièmes. En revanche, le président du CSA demeure nommé par le président de la République suivant la procédure de l'article 13 alinéa 5.

409. Il ressort de l'étude des arguments échangés par les parlementaires de l'époque que tous s'accordaient à admettre qu'un vote à la majorité qualifiée était seul capable d'unir dans la décision majorité et opposition²²⁶⁴. Mais les uns cherchaient à dépolitiser le refus, tandis que les autres cherchaient à dépolitiser l'acceptation de la nomination. La dépolitisation des nominations n'a donc pas eu lieu en 2008. La mesure adoptée se présente par conséquent comme la création d'un avis conforme négativement qualifié qui ne vise pas tant l'accord que

²²⁵⁹ Sur l'opposition comme contre-pouvoir, voir P. JAN, « Les séparations du pouvoir », art. cité, p. 260.

²²⁶⁰ Voir *JORF* du 23 mai 2008, n°37, AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, notam. p. 2398-2399 ; et *JORF* du 20 juin 2008, n°48, S (C.R.), du 19 juin 2008, p. 3044-3058.

²²⁶¹ Voir l'intervention de M. LELLOUCHE, *JORF* du 23 mai 2008, n°37, AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2399.

²²⁶² Par exemple, voir l'intervention de M. BRARD, *JORF* du 9 juillet 2008, n°61, AN (C.R.), deuxième séance du 8 juillet 2008, p. 44278.

²²⁶³ Peut-être était-il envisageable de modifier marginalement la rédaction de ce qui allait devenir l'article 13 alinéa 5 de la Constitution afin de prendre en compte les votes blancs ou nuls comme votes « contre ». Ceci aurait pu avoir pour effet d'atténuer les conséquences du seuil de veto retenu dans le cadre de ce scrutin à bulletin secret.

²²⁶⁴ Ceci résulte également de débats qui se nouèrent sur d'autres questions. Lorsqu'en 2007 a été révisée la procédure de responsabilité pénale et politique du président de la République, chacun s'accordait à considérer qu'une majorité qualifiée positive permettait de soustraire ce dispositif aux considérations partisans. Le rapporteur HOUILLON écrit en ce sens : « Il n'est pas illogique de considérer que seule une majorité qualifiée peut assurer le dépassement des clivages partisans et que seule une décision prise avec une telle majorité peut [...] en garantir la crédibilité » (P. HOUILLON, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution*, AN, première lecture, n°3537, 2006, p. 55).

l'absence d'opposition²²⁶⁵. La participation de l'opposition au processus de décision est pour le moins à nuancer. Certes les commissaires de l'opposition auditionneront le candidat²²⁶⁶ et se prononceront ; mais, sauf cas exceptionnel, leurs voix permettront rarement de contribuer à un veto²²⁶⁷. Celui-ci dépend surtout des voix de la majorité²²⁶⁸. Ce constat invita le président de la commission des lois, Jean-Jacques URVOAS, à initier une pratique que le règlement de l'Assemblée nationale consacra²²⁶⁹ : dans cette commission, un député de l'opposition est chargé de rapporter sur la candidature et de soumettre un certain nombre de question à l'impétrant avant son audition. Cette mesure peut permettre à l'opposition de prendre davantage part à la procédure étudiée.

410. Il n'en demeure pas moins que le jeu des allégeances politiques semble ainsi peu estompé. Si le but est d'empêcher les « nominations-remerciement » ou les « nominations d'amitiés » au profit de « nominations de compétence » – fussent-elles également amicales –, il est clair qu'un accord aux deux cinquièmes de « oui » n'œuvre pas en ce sens. Le rapporteur WARSMANN l'admit lui-même : il s'agit simplement d'éviter « l'erreur manifeste de nomination »²²⁷⁰. De cette métaphore tirée du contentieux administratif, il faut conclure que le contrôle instauré en 2008 est un contrôle restreint. Finalement, les commissaires émettent moins un avis favorable qu'un avis non défavorable. Le seuil retenu est tel que, en droit, même un vote exprimant un refus à 51% des suffrages, ne s'imposera pas

²²⁶⁵ Dans le même sens, voir Pascal JAN affirmant : « Plus audacieuse pour encadrer le pouvoir discrétionnaire du chef de l'État la solution eût consisté à inverser cette majorité pour favoriser le consensus plutôt que l'absence d'opposition » (P. JAN, *Institutions administratives, op. cit.*, p. 52). En ce sens également M. LASCOMBE *Droit constitutionnel de la V^e République*, L'Harmattan, coll. « Logique Juridique », 11^e éd., 2010, p. 63 : « [Les commissions] doivent non pas y [aux nominations] être favorables, mais ne pas s'y opposer ».

²²⁶⁶ Quant aux détails de la procédure, voir paragraphe suivant.

²²⁶⁷ La seule occurrence d'un tel veto concerna une proposition de nomination par le Président de l'Assemblée nationale. Le professeur HOURQUEBIE fut, pour des raisons que l'audition ne laisse guère apparaître, le candidat malheureux aux fonctions de personnalité qualifiée au Conseil supérieur de la magistrature. Voir Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°36, séance du 14 janvier 2015 (voir aussi *infra* p. 551 et s.)

²²⁶⁸ Voir en ce sens, P. JAN, « La réelle mais fragile prééminence présidentielle sous la V^e République », art. cité, p. 10 : « La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a été saluée comme une grande réforme renforçant les droits du Parlement et accordant plus de droits aux citoyens et justiciables. Le propos est certainement à nuancer s'agissant des droits du Parlement. Davantage que l'institution, c'est la majorité parlementaire qui profite de cette réforme marquant le cinquantenaire de la Constitution ». L'auteur fit le même constat s'agissant de la réforme du règlement de l'Assemblée nationale : P. JAN, « À qui profite la réforme (du règlement de l'Assemblée nationale) ? Rapport de synthèse », in COLLECTIF, *Le Nouveau règlement de l'Assemblée nationale*, Imprimerie nationale, 2010, p. 97.

²²⁶⁹ La résolution n°437 du 28 novembre 2014 a ajouté à l'article 29-1 du RAN la disposition selon laquelle : « La commission [...] peut nommer, parmi ses membres appartenant à un groupe d'opposition ou à un groupe minoritaire, un rapporteur sur la proposition de nomination ».

²²⁷⁰ Encore faut-il relever dès à présent que, compte tenu du processus d'évaluation, le rejet d'un candidat ne signifiera pas, pour autant, que celui-ci est objectivement incompetent ni même qu'il a été jugé comme tel (nous le démontrons *infra*, p. 542 et s.).

au président de la République : il « pourra alors tout de même nommer une personnalité dont le Parlement a désapprouvé solennellement la désignation²²⁷¹ ». C'est là effectivement « une culture assez dédaigneuse de la légitimité procurée par les assemblées représentatives²²⁷² ». Il n'en reste pas moins cependant que cette participation érige les parlementaires en coauteurs des nominations soumises à leur avis conforme²²⁷³.

Une fois le seuil de veto requis établi, au stade de la révision constitutionnelle, encore fallait-il organiser les modalités concrètes du scrutin. La principale difficulté à affronter consistait à trouver un équilibre entre l'autonomie de chaque chambre et la nécessaire interdépendance que suscite la procédure du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.

B. Une procédure disputée entre les deux assemblées

411. La procédure introduite au cinquième alinéa de l'article 13 est partagée entre les deux assemblées puisque l'avis résulte des votes conjoints de deux commissions permanentes. Même si rien n'imposait l'élaboration d'une procédure commune²²⁷⁴, les parlementaires s'engagèrent pourtant dans cette voie afin que « le caractère unificateur de la disposition constitutionnelle relative au sens de l'avis émis par les commissions [...] ne soit affaibli²²⁷⁵ ». Deux questions majeures se posèrent s'agissant du scrutin : l'autorisation des délégations de vote et la simultanéité des dépouillements. Les sénateurs s'opposèrent initialement à ces deux éléments de procédure. Le sénateur FRIMAT, qui soutint un amendement de suppression portant sur la mention de la simultanéité des dépouillements²²⁷⁶, le retira néanmoins à la demande du rapporteur GÉLARD lequel invoqua la « diplomatie parlementaire²²⁷⁷ ». Le

²²⁷¹ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) », art. cité, p. 23 (du PDF disponible en ligne).

²²⁷² *Loc. cit.*

²²⁷³ Nous avons retenu que l'auteur d'un avis conforme est coauteur de l'acte sur lequel il se prononce et qu'il n'est pas nécessaire de disposer de la personnalité juridique pour être considéré comme coauteur d'un acte juridique (voir p. 375 et s.). Ceci explique que nous disions que les commissaires sont « coauteurs » des actes, et non le Parlement.

²²⁷⁴ Voir la réflexion que conduit Laurent DOMINGO au sujet de l'autonomie des assemblées dont il distingue trois formes : l'autonomie normative, l'autonomie administrative et l'autonomie juridictionnelle (L. DOMINGO, *Les actes internes du Parlement, Étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, LGDJ, 2008, p. 176-182).

²²⁷⁵ C. DE LA VERPILLIÈRE, *Rapport n^{os} 1922 et 1923 (...)*, *op. cit.*, p. 50.

²²⁷⁶ *JORF* du 22 décembre 2009, n^o 149, S (C.R.), séance du 21 décembre 2009, p. 13191.

²²⁷⁷ *Loc. cit.*

rapporteur espérait, en l'occurrence, que si le Sénat acceptait la simultanée²²⁷⁸, l'Assemblée nationale reviendrait sur l'interdiction des délégations de vote. Ses espoirs furent déçus. L'Assemblée nationale obtint doublement gain de cause. Interdiction des délégations et simultanée du dépouillement caractérisent donc ce scrutin. Si la seconde mesure n'a guère suscité de débat avant d'être introduite à l'article 6 de la loi ordinaire n°2010-838 du 23 juillet 2010²²⁷⁹, il n'en alla pas de même de la première question.

412. Le problème des délégations de vote créa une tension entre les deux assemblées et souleva d'importantes questions juridiques : l'objectif était d'interdire à un parlementaire absent d'autoriser l'un de ses pairs à voter à sa place²²⁸⁰. La tension fut telle qu'elle conduisit à la convocation d'une Commission mixte paritaire qui se conclut par un échec le 7 avril 2010²²⁸¹. Chaque assemblée persista ensuite lors des nouvelles lectures auxquelles chacune procéda²²⁸². L'Assemblée nationale statua définitivement, conformément à l'article 45 dernier alinéa de la Constitution, et confirma sa position en adoptant l'article 3 de la loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2010 aux termes duquel : « L'article 1^{er} de l'ordonnance n°58-1066 du 7 novembre 1958 portant loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote est complété par un alinéa ainsi rédigé : "Il ne peut y avoir de délégation lors d'un scrutin destiné à recueillir l'avis de la commission permanente compétente de chaque assemblée sur une proposition de nomination selon la procédure prévue au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution" ».

Le problème majeur soulevé par cette disposition portait sur la question de savoir si le législateur organique était compétent pour interdire les délégations de vote ; les sénateurs récusèrent une telle position.

²²⁷⁸ J.-L. WARSMANN préconisait que « les deux commissions votent comme deux bureaux de vote dans une même élection » et que « les dépouillements [aient] lieu à la même heure » (*JORF* du 30 septembre 2009, n°106, AN (C.R.), séance du 29 septembre 2009, p. 7522).

²²⁷⁹ Cette disposition modifie l'article 5 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

²²⁸⁰ L'initiative provient de la commission des lois de l'Assemblée nationale : C. DE LA VERPILLIÈRE, *Rapport n°105 1922 et 1923 (...)*, op. cit., p. 50 ; voir amdt CL 15. Le choix fut confirmé en séance publique : *JORF* du 30 sept. 2009, n°106, AN (C.R.), séance du mardi 29 septembre 2009, notam. intervention de M. URVOAS, p. 7520. Le Sénat s'y opposa en votant la suppression de l'interdiction des délégations : *JORF* du 22 décembre 2009, n°49, S (C.R.), séance du 21 décembre 2009, p. 13189. L'Assemblée nationale la réintroduisit en deuxième lecture : *JORF* du 3 février 2010, n°11, AN (C.R.), première séance du 2 février 2010, p. 696. Elle fut de nouveau supprimée au Sénat : *JORF* du 26 février 2010, n°23, S (C.R.), séance du 25 février 2010, p. 1851.

²²⁸¹ Une telle situation est suffisamment exceptionnelle pour signaler qu'elle n'avait pas eu lieu depuis 2002.

²²⁸² Voir respectivement *JORF* du 22 mai 2010, n°44, AN (C.R.), deuxième séance du 21 mai 2010, p. 3379 et *JORF* du 1^{er} juin 2010, n°52, S (C.R.), séance du 31 mai 2010, p. 4184.

413. Premièrement, Patrice GÉLARD s'appuyait sur la formulation de l'article 27 de la Constitution : « Tout mandat impératif est nul. Le droit de vote des membres du Parlement est personnel. La loi organique peut autoriser exceptionnellement la délégation de vote ». Pour la concrétisation de ce texte, fut adoptée l'ordonnance n°58-1066 du 7 novembre 1958 *portant loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*. Celle-ci énonce six motifs personnels justifiant une délégation. Cette ordonnance semble bien conforme à l'article 27 de la Constitution puisqu'elle *autorise exceptionnellement* les parlementaires à déléguer leur droit de vote. Mais, selon les députés, si l'exception est la délégation, alors le principe est celui de l'interdiction des délégations ; rien n'interdirait donc au législateur organique de confirmer le principe. Telle était d'ailleurs la solution qu'avait retenue le Conseil constitutionnel dans sa décision n°61-16 DC du 22 décembre 1961, relative à la *loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*²²⁸³.

Le second argument majeur fut exposé par le sénateur FAUCHON en séance publique :

Ni la lettre de la Constitution ni les travaux préparatoires de 1958 ne permettent de penser qu'une procédure strictement identique doive être retenue dans les deux assemblées. Le constituant avait laissé aux règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat la détermination de ces dispositions, conformément au principe d'autonomie des deux assemblées²²⁸⁴.

Mais les parlementaires eux-mêmes avaient consenti à « organiser une procédure commune²²⁸⁵ ».

414. Dans sa décision n°2010-609 DC, le Conseil constitutionnel donna raison aux députés :

Il ressort de [l'article 27] que le Constituant a posé le principe du vote personnel des parlementaires et de l'interdiction de délégations de vote sauf autorisation prévue à titre

²²⁸³ Cons. const., décis. n°61-16 DC du 22 décembre 1961, *Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*, JORF du 3 janvier 1962, p. 26, Rec. p. 24, cons. 5.

²²⁸⁴ Voir JORF du 26 février 2010, n°23, S (C.R.), séance du 25 février 2010, p. 1843.

²²⁸⁵ C. DE LA VERPILLIÈRE, *Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, AN, nouvelle lecture, n°2495, mai 2010, p. 7.

exceptionnel par la loi organique ; que, ce faisant, il a nécessairement habilité la loi organique à définir des cas dans lesquels toute délégation de vote est interdite²²⁸⁶.

L'interdiction des délégations de vote s'impose donc dans les deux Chambres et il est clair que sa mention dans la loi organique avait simplement vocation à soumettre les sénateurs au choix des députés. Car par le jeu combiné de son règlement et de l'instruction générale du bureau (IGB), l'Assemblée nationale, avant même le vote de la loi organique d'application de l'article 13, avait interdit de telles délégations. La non-conformité de ce dispositif à la Constitution échappa à la vigilance du haut Conseil²²⁸⁷. En effet, l'article 29§1 du règlement énonçait que « le scrutin [*dans le cadre des avis sur les nominations*] est secret ». Une telle disposition n'avait pas lieu d'être censurée par le Conseil constitutionnel saisi d'office. Cependant, l'IGB de l'Assemblée nationale interdisait la délégation de vote pour les scrutins secrets²²⁸⁸. Il en résultait que les délégations étaient interdites pour les scrutins destinés à recueillir l'avis des parlementaires sur le fondement de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. L'adoption de la loi organique de 2010 a permis de régulariser cette situation.

415. Une dernière question se posait enfin. À supposer que le législateur organique fût habilité à interdire les délégations de votes, la loi organique de juillet 2010 n'était-elle pas une « loi organique relative au Sénat » ? Une réponse positive aurait obligé les assemblées à la voter dans les mêmes termes²²⁸⁹. Mais puisque cette loi organique concerne également les deux assemblées, une réponse négative semblait s'imposer, ce que le Conseil constitutionnel ne manqua pas de retenir²²⁹⁰.

Ces développements permettent de dessiner les contours de la procédure conduisant à

²²⁸⁶ Cons. const., décis. n°2010-609 DC du 12 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, préc., cons. 6.

²²⁸⁷ Il résulte clairement de l'article 27 de la Constitution que les règlements des assemblées ne peuvent pas restreindre les cas dans lesquels sont valables les délégations de vote (voir Cons. const., décis. n°73-49 DC du 17 mai 1973, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, *JORF* du 27 mai 1973, p. 5759, *Rec.* p. 15, cons. 9).

²²⁸⁸ Art. 13§1 de l'IGB de l'Assemblée nationale dans sa version en vigueur en 2010 et maintenue depuis lors.

²²⁸⁹ En vertu de l'article 46 al. 4 de la Constitution.

²²⁹⁰ Pour des développements sur cette question et la définition des lois organiques relatives au Sénat, nous permettons de renvoyer à M. VERPEAUX et L. SPONCHIADO, « Le contrôle des nominations présidentielles devant le Conseil constitutionnel. Deux décisions *a minima* pour une réforme importante », *JCP G.*, 2010, n°35, p. 1549-1552. D'après Alain DELCAMP, le Conseil constitutionnel aurait définitivement clarifié la définition de ces « lois organiques relatives au Sénat » par sa décision n°2011-628 DC du 12 avril 2011, *Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs* (A. DELCAMP, « La notion de loi organique relative au Sénat : entre affirmation du bicamérisme et parlementarisme "rationalisé" », *RFDC*, n°87, p. 465-498).

l'expression de l'avis des commissaires sur les nominations. Chaque commissaire vote à scrutin secret²²⁹¹ – en vertu de dispositions introduites dans le règlement respectif de chaque chambre – sans pouvoir déléguer l'exercice de ce droit ; s'ensuivent un dépouillement simultané dans chaque assemblée puis le décompte des voix. En vertu du texte constitutionnel lui-même, le seuil est calculé compte tenu des suffrages exprimés et non compte tenu du nombre de votants effectifs ou potentiels. Le contrôle ainsi érigé se réduit à un contrôle restreint n'empêchant pas la politisation des nominations. Il n'en reste pas moins que ce dispositif introduit de la transparence dans un système de sélection encore globalement opaque.

§2. Un contrôle favorisant la transparence de la procédure de désignation

En 1814, Benjamin CONSTANT affirmait que « l'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire, c'est la publicité, et la publicité la plus facile et la plus régulière est celle que procurent les journaux²²⁹² ». La volonté de rendre le processus de nomination plus transparent passa non seulement par le caractère en principe public de l'audition du candidat (**A**) et par la publicité de l'avis (**B**).

A. L'audition du candidat

416. Avant l'entrée en vigueur des lois de concrétisation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, certaines commissions permanentes avaient déjà pu émettre des avis simples mais précédés d'auditions sur certaines nominations. Ces anticipations ont vraisemblablement permis aux parlementaires d'apprécier les atouts et limites d'une procédure qui restait à

²²⁹¹ Art. 29-1§4 du RAN et article 19 *bis* du RS.

²²⁹² B. CONSTANT, *De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, H. Nicolle, 1814, p. 35.

organiser. La publicité des auditions semble s'être imposée compte tenu des expériences précédentes, alors caractérisées par l'improvisation²²⁹³.

Dans son rapport, le comité BALLADUR avait envisagé que l'avis rendu au titre du cinquième alinéa de l'article 13 fût précédé d'une audition²²⁹⁴. Dans son projet de loi constitutionnelle, le Gouvernement renvoya à la loi organique le soin de « poser ce principe²²⁹⁵ ». La lecture des travaux parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle fait apparaître que, même en l'absence de mention expresse de l'audition comme principe, chacun la tenait pour acquise²²⁹⁶. Comme le remarqua la sénatrice BOUMEDIENE-THIERY au soutien d'un amendement visant à ce que soit expressément mentionnée dans la Constitution l'audition de la personnalité pressentie : « avis public et audition publique sont deux choses différentes [qui, pourtant], [...] dans le compte rendu des débats de l'Assemblée nationale [semblent] confondues²²⁹⁷ ». L'amendement fut écarté car, selon le garde des Sceaux d'alors, Rachida DATI, « de telles modalités n'[avaient] pas leur place dans la Constitution²²⁹⁸ ». Pourtant, ni le projet de loi ordinaire ni le projet de loi organique, présentés ensuite par le Gouvernement, ne firent mention de l'audition du candidat. Le principe semblait tellement partagé comme une évidence que nul ne songeât à formellement l'inscrire dans la loi²²⁹⁹, si bien qu'il fallut attendre la deuxième lecture à l'Assemblée nationale pour que le député

²²⁹³ Le conseiller CHARASSE offre un récit, très instructif, de sa propre nomination au Conseil constitutionnel (voir annexe 2, p. 650 et s.).

²²⁹⁴ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 16.

²²⁹⁵ « Il reviendra à une loi organique [...] de poser le principe de l'audition publique des personnalités pressenties » : *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, n°820, déposé le 23 avril 2008 sur le bureau de l'Assemblée Nationale, exposé des motifs, art. 4.

²²⁹⁶ J.-L. WARSMANN, *Rapport n°892 (...)*, op. cit., p. 138. Le rapporteur écrit que « les auditions parlementaires présenteraient plusieurs avantages, par rapport au système actuel de nomination ». Voir aussi *ibid.*, p. 142-143. Voir également, J.-J. HYEST, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, S, première lecture, juin 2008, n°387, p. 74 : « Le candidat est entendu en audition par la commission compétente du Sénat. » (voir également *ibid.* p. 77).

Lors des débats en hémicycle, les parlementaires semblaient unanimes sur l'obligation et la pertinence de recourir à l'audition du candidat. En ce sens, voir par exemple l'intervention de F. BAYROU, *JORF* du 23 mai 2008, n°37, AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2399.

²²⁹⁷ *JORF* du 20 juin 2008, n°48, S (C.R.), séance du 19 juin 2008, p. 3048.

²²⁹⁸ *Ibid.*, p. 3052.

²²⁹⁹ C. DE LA VERPILLIÈRE, *Rapport n°1922 et 1923 (...)*, op. cit., p. 23-24 par exemple. Voir aussi les interventions du ministre DE RAINCOURT (*JORF* du 30 septembre 2009, n°106, AN (C.R.), séance du 29 septembre 2009, p. 7501) et des députés BRAOUEZEC et LAGARDE (*ibid.*, respectivement p. 7512 et p. 7518). Voir P. GÉLARD, *Rapport n°141 (...)*, op. cit., p. 22 et 34 notam. Plus tard, le ministre DE RAINCOURT affirma par exemple : « Il faut insister sur le fait que l'audition publique des candidats est, à elle seule, un gage déterminant de la dignité et de la qualité tant professionnelle que personnelle des personnes nommées. Les parlementaires qui auditionneront les candidats pourront, en effet, avant de se prononcer, évaluer non seulement leur compétence, mais aussi la pertinence de leurs projets » (*JORF* du 22 décembre 2009, n°149, S (C.R.), séance du 21 décembre 2009, p. 13176. Nous soulignons).

URVOAS présente un amendement destiné à « corriger [cet] oubli²³⁰⁰ ». Cet amendement, déposé par l'opposition, fut néanmoins adopté ; l'audition publique est désormais inscrite à l'article 1^{er} de la loi ordinaire du 23 juillet 2010²³⁰¹. Certes, le règlement de chaque assemblée aurait pu suffire à assurer l'audition du candidat. L'article 29-1§3 du règlement de l'Assemblée nationale, introduit en mai 2009, le prévoyait d'ailleurs déjà²³⁰² à l'inverse du règlement du Sénat. Cette carence ne priva toutefois pas les sénateurs de la possibilité d'auditionner les impétrants, puisqu'ils procédèrent à des auditions avant même l'entrée en vigueur des lois nécessaires à l'application de l'article 13 de la Constitution. L'accord tacite et général sur le principe de l'audition aurait peut-être suffi à en assurer l'effectivité à la manière d'une convention²³⁰³. Mais l'écrit sied sans doute davantage à la formalisation d'une procédure présentant une indubitable dimension politique.

417. Les deuxième et troisième alinéas de l'article 1^{er} de la loi ordinaire relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 énoncent ainsi que : « L'avis mentionné au premier alinéa est précédé d'une audition par les *commissions permanentes compétentes* de la personne dont la nomination est envisagée. L'audition est *publique* sous réserve de la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale. Cette audition ne peut avoir lieu *moins de huit jours après que* le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été rendu public²³⁰⁴ ».

L'audition est donc obligatoire (1), publique en principe (2) et enserrée dans un délai (3).

1. L'audition obligatoire du candidat : un gage de transparence

418. « L'avis mentionné au premier alinéa est précédé d'une audition par les *commissions permanentes compétentes* de la personne dont la nomination est envisagée ». Sauf à admettre

²³⁰⁰ JORF du 3 février 2010, n°11, AN (C.R.), première séance du 2 février 2010, p. 695

²³⁰¹ Remarquons qu'en 2010, tandis que 63% des amendements déposés émanèrent du groupe SRC, seul 6% des amendements adoptés furent proposés par ce groupe. Ceci semble attester le caractère consensuel du principe de l'audition (voir Assemblée nationale, 2010. *Une année à l'Assemblée nationale, Rapport annuel d'activité*, p. 5 [disponible en PDF :

<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/rapactiv2010/rapactiv2010.pdf>).

²³⁰² « La personnalité dont la nomination est envisagée est auditionnée par la commission ».

²³⁰³ Une convention peut être définie comme une règle limitant « le caractère discrétionnaire [de l'exercice d'un pouvoir en vue d'en régulariser l'exercice conformément à ce que les acteurs considèrent comme une application légitime] » selon P. AVRIL et J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, 4^e éd., Montchrestien, coll. « Domat », 2010, p. 23.

²³⁰⁴ Nous soulignons.

que le présent de l'indicatif dans un acte juridique dépourvu de modalité déontique n'est pas impératif²³⁰⁵, l'audition se présente bien comme un élément de procédure obligatoire. Tous les parlementaires, dans les débats sur la révision constitutionnelle comme lors de l'adoption des lois d'application de l'article 13, s'accordèrent à y voir un gage de transparence. Ainsi, les « nominations interviendraient à l'issue d'un processus plus transparent²³⁰⁶ » et l'audition « révélerait la supercherie ou le copinage²³⁰⁷ ». Surtout, elle se donne comme un moyen d'information des parlementaires et de toute personne intéressée.

419. En premier lieu, pour les parlementaires, une telle procédure offre l'occasion de soumettre la personne pressentie à de nombreuses questions, de jauger ses compétences et de connaître « [sa] conception de [son] rôle futur et la manière dont [elle envisage] de remplir [ses] fonctions²³⁰⁸ ». L'exemple des *hearings* que les sénateurs pratiquent dans le cadre du contrôle des nominations présidentielles aux États-Unis²³⁰⁹ fut amplement mobilisé à l'appui de l'instauration de tels interrogatoires²³¹⁰. Les travaux de politistes américains révèlent que ces auditions visent à évaluer les compétences du candidat, mais aussi à se confronter tant à son idéologie politique qu'à sa personnalité. Des études sur le *confirmation process* appliqué aux juges fédéraux montrent combien leurs convictions morales, leurs manières d'appréhender le droit, la loi et la justice sont passées au crible par les questions auxquelles les sénateurs les soumettent.

La raison majeure justifiant qu'on se concentre sur la personnalité du candidat ou de la candidate plutôt que sur son idéologie est exprimée par l'argument de Ronald Dworkin selon lequel il est temps pour nous d'accepter que les juges, particulièrement les membres de la Cour Suprême, interprètent le droit pour partie en fonction de leurs convictions ou dispositions morales. Parce qu'on ne peut pas prédire précisément tous les types d'affaires susceptibles de s'élever devant la Cour suprême, l'approche la plus appropriée pour l'audition dans le cadre du processus de

²³⁰⁵ Voir notre position *supra*, p. 213.

²³⁰⁶ J.-L. WARSMANN, *Rapport n°892 (...), op. cit.*, p. 138.

²³⁰⁷ F. BAYROU, intervention en séance publique, *JORF* du 23 mai 2008, n°37, AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2399.

²³⁰⁸ *Idem.*

²³⁰⁹ Aux termes de l'article II section 2 de la Constitution des États-Unis : « [Le président] désigne et, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, il nomme les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls publics, les juges à la Cour Suprême et tous les autres *officers* des États-Unis dont la nomination n'est pas autrement prévue par la Constitution » (notre trad. Voir la justification *supra*, note p. 22).

²³¹⁰ Par exemple, voir l'intervention de M. MAMÈRE, *JORF* du 9 juillet 2008, n°61 AN (C.R.), première séance du 8 juillet 2008, p. 4404.

confirmation serait d'interroger les prémisses à partir desquelles seront élaborées les décisions des juges²³¹¹.

Il est possible de transposer ce constat aux différentes nominations concernées par cette disposition en vertu de la loi organique du 23 juillet 2010. L'audition peut permettre aux commissaires d'évaluer les « convictions ou dispositions morales » des divers prétendants et donc de les informer sur « les prémisses à partir desquelles seront élaborées les décisions des juges ». Conformément à l'argument dworkinien, il faudrait donc se résoudre à la politisation des fonctions²³¹². Les interventions du sénateur GORCE à l'occasion des auditions du 20 février 2013 s'inscrivent dans cette perspective. Ce jour-là, deux candidates aux fonctions de membres du Conseil constitutionnel étaient auditionnées par les sénateurs : le professeur BELLOUBET, proposé par le président du Sénat et le juge MAESTRACCI, proposé par le président de la République. Le sénateur GORCE regretta le caractère platonique de l'audition. Il souligna l'ambiguïté de la procédure en déplorant l'absence de discussion quant aux convictions politiques des postulantes²³¹³ :

Ou le Conseil constitutionnel a vocation à fonctionner comme un tribunal indépendant du pouvoir politique, et la question de la manière dont ses membres sont nommés reste posée, ou il assume sa fonction politique et alors nous devons pouvoir tenir un débat sur le fond, sans quoi cette réunion se limite à un entretien convivial validant un processus qui reste sous le contrôle de l'exécutif²³¹⁴.

Et le sénateur d'ajouter :

Je salue la qualité des candidats qui nous sont présentés. Nous n'allons pas commenter leurs parcours, et ne pouvons pas les interroger sur des sujets de fond. Nous cherchons donc des questions courtoises pour occuper cette séance... Je comprends qu'on ait voulu par cette procédure remédier à des abus commis dans les années 1960, 1970 ou 1980. Mais pourquoi ne

²³¹¹ Notre trad. pour : « The most powerful reason for focusing on a nominee's character rather than on his or her ideology is expressed in Ronald Dworkin's argument that the time is come for us to accept that judges, particularly Supreme Court justices, interpret the law partly on the basis of their moral convictions or dispositions. That is, because we cannot predict precisely all of the kinds of cases likely to come before the Supreme Court, the appropriate approach in confirmation hearings would be to examine the premises from which the judge's or justice's decisions will later flow » (M. J. GERHARDT, *The federal appointments process (...), op. cit.*, p. 316).

²³¹² Pour une étude passionnante retraçant l'Histoire du *confirmation process*, proposant une critique de ses évolutions, la recherche de modifications et interrogeant le caractère partisan du processus, voir D. A. STRAUSS et C. R. SUNSTEIN, « The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process », *The Yale Law Journal*, vol. 101, n°7, 1992, p. 1491-1524.

²³¹³ Cf. l'audition de Pierre-René LEMAS étudiée *infra.*, p. 545 et s.

²³¹⁴ Sénat, commission des lois (C.R.), séance du 20 février 2013 : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130218/lois.html#toc5>.

pas aller au bout de la logique ? Pour ma part, je ne trouve pas satisfaisant d'avoir à donner notre aval à une décision prise ailleurs, aussi satisfaisante soit-elle²³¹⁵.

Cependant, l'audition peut aussi servir une démarche contraire. Il s'agirait alors de s'assurer que les personnes nommées à la tête d'institutions importantes « pour la garantie des droits et libertés ou [pour] la vie économique et sociale de la nation » soient capables de neutralité²³¹⁶. Des travaux de sciences politiques pourraient utilement renseigner sur la pratique des parlementaires français en ce domaine ; ainsi révéleraient-ils si l'audition peut aider à « sortir de la République des connivences²³¹⁷ » pour entrer dans l'ère de la « République des compétences²³¹⁸ » et si elle est suffisante pour ce faire. Les premières observations montrent du moins que les commissaires oscillent entre deux démarches.

420. En second lieu, les mesures proposées par Jean-Jacques URVOAS, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale sous la XIV^e législature, pour améliorer la procédure d'audition témoignent de la volonté d'utiliser l'audition pour informer au mieux les parlementaires et le public. Le député TOURRET avait soumis un questionnaire au candidat à la présidence de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) avant son audition. L'impétrant avait répondu par écrit, ce qui « avait valeur d'engagement de sa part sur les positions qu'il défendrait²³¹⁹ » s'il était effectivement nommé. Le Président URVOAS proposa que la pratique initiée par le député TOURRET fût perpétuée. Depuis lors, des questionnaires préalables à la tenue de l'audition sont soumis aux candidats et les réponses sont ensuite publiées en ligne sur la page de la commission des lois²³²⁰. Cette mesure aurait, selon le président URVOAS, l'avantage d'accentuer le phénomène de transparence permettant ainsi « aux citoyens [de prendre] connaissance des réponses des candidats²³²¹ ». Néanmoins, ces questionnaires ne souffrent pas la comparaison avec ceux qui sont soumis aux

²³¹⁵ *Idem.*

²³¹⁶ Certaines auditions menées par les parlementaires français ont montré que les commissaires cherchaient à s'assurer que les convictions politiques d'un impétrant ne nuiraient pas à la fonction qu'il pourrait occuper. Voir par exemple l'audition de Jacques TOUBON proposé pour être nommé Défenseur des droits (Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°68, séance du 2 juillet 2014, p. 20).

²³¹⁷ N. SARKOZY, président de la République, discours du 12 juillet 2007, Épinal, précité.

²³¹⁸ *Idem.*

²³¹⁹ Intervention de M. URVOAS, Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°66, séance du 18 juin 2014, p. 2.

²³²⁰ Voir en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/controle/nominations_com_lois.asp.

²³²¹ Intervention liminaire de M. URVOAS, Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°66, séance du 18 juin 2014, p. 2 : « Nous pourrions franchir un pas supplémentaire dans la transparence en le rendant public avant l'audition, avec une diffusion sur la page du site internet de l'Assemblée nationale réservée à la commission des lois, afin que les citoyens puissent prendre connaissance des réponses des candidats ».

candidats dans le cadre du *confirmation process* américain, pourtant érigé en modèle par les parlementaires français.

421. D'après une analyse du *Congressional Research Service* américain²³²², avant d'être nommé, le candidat à un poste fédéral est d'abord choisi par l'*Office of Presidential Personnel (OPP)* de la Maison blanche²³²³. Il fait ensuite l'objet de trois enquêtes successives : la première est conduite par le *Federal Bureau of Investigation (FBI)*, la seconde est menée par l'*Internal Revenue Service (IRS)*, la dernière est confiée à l'*Office of Government Ethics*²³²⁴. Au cours du processus qui la mènera peut-être devant les sénateurs, la personne pressentie est soumise à de nombreux et détaillés questionnaires : un questionnaire sur ses finances²³²⁵, un autre relatif à la sécurité nationale²³²⁶, un autre enfin sur ses données personnelles²³²⁷. Le processus est si intrusif et si complexe que le *Council for Excellence in Government* et la *Brookings Institution* ont fait paraître un « guide de survie » pour les nominations présidentielles²³²⁸. À cette aune, la procédure française paraît très en retrait.

2. La publicité de l'audition : principe et exceptions

422. Dans sa décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, le Conseil constitutionnel avait censuré la loi *relative à la liberté de communication* au motif que la publicité de « l'intégralité des procès verbaux des auditions et débats du Conseil supérieur de l'audiovisuel » relatifs aux nominations s'opposerait, pour deux motifs, à la garantie d'indépendance des sociétés

²³²² Le *Congressional Research Service* est un service, politiquement neutre (« regardless of party affiliation »), travaillant exclusivement pour le Congrès américain et qui a vocation à renseigner les membres de chacune des deux Chambres (telle est la description fournie par l'Institution sur son site internet).

²³²³ M. P. CAREY, « Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress », 2012, 28 p.

²³²⁴ *Ibid.*, p. 4.

²³²⁵ *Standard Form (SF) n°278 : Public Financial Disclosure Report* (disponible en ligne : <http://www.oge.gov/Forms-Library/OGE-Form-278-Automated-%28PDF%29/>). Le lecteur sera surpris du contenu de ce document que les candidats pressentis peuvent remplir en ligne et qui comprend 12 pages d'explications et 7 pages à compléter.

²³²⁶ SF n°86 : *Questionnaire for National Security Positions* (disponible en ligne : http://www.opm.gov/forms/pdf_fill/sf86.pdf).

²³²⁷ Le « *White House Personal Data Statement Questionnaire* » est accessible in COUNCIL FOR EXCELLENCE IN GOVERNMENT and BROOKINGS INSTITUTION, *A Survivor's Guide for Presidential Nominees*, 2000, p. 60 et s. (disponible en PDF :

<http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2000/11/15governance/1115governance.pdf>)

²³²⁸ *Ibid.*, 180 p.

audiovisuelles et, par suite, à la liberté de communication²³²⁹. Selon le haut Conseil, cette publicité empêcherait, d'une part, « l'entière liberté de parole des candidats et des membres du Conseil » et, attenterait, d'autre part, au respect de la vie privée des impétrants²³³⁰. Ainsi, selon la décision n°2000-433 DC, si la « transparence [du processus de nomination] répond à la nécessité de donner leur plein effet aux exigences constitutionnelles²³³¹ » que sont l'indépendance des sociétés nationales de programme et la liberté de communication, trop de transparence irait à leur rencontre²³³². Au regard de cette décision, il semble que seul le pouvoir constituant peut ériger la publicité du processus de nomination en principe ; la question ressurgit en 2008 au sujet du travail en commission permanente.

423. Le comité BALLADUR avait proposé que l'article 33 de la Constitution²³³³ soit modifié afin d'ériger en principe la publicité des auditions en commissions, quel que soit le motif de la réunion²³³⁴. Le Gouvernement fit sienne la mesure dans le projet de loi constitutionnelle qu'il soumit aux assemblées. Les sénateurs la rejetèrent pourtant en première lecture. En effet, le rapporteur HYEST fit valoir que la systématisme de la publicité des auditions serait « dangereuse » et, qu'en outre, cela « stériliserait complètement le travail des commissions » dans la mesure où, en ce cas, la « langue de bois » serait de rigueur²³³⁵. Le raisonnement du rapporteur n'est pas sans faire écho aux motifs retenus par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2000-433 DC. La publicité des auditions en commission ne fut donc pas érigée en principe à valeur constitutionnelle. Mais, la question se posa de nouveau lors de l'élaboration des lois de concrétisation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution.

424. En janvier 2010, sur une chaîne de télévision, le Président SARKOZY avait annoncé que les parlementaires, « toutes tendances politiques confondues », avaient agréé son choix de nommer M. PROGLIO à la présidence d'EDF. Lors de la séance de questions au Gouvernement qui suivit, M. BROTTES, député, s'était ému de l'inexactitude des propos : « À l'Assemblée nationale aucun avis n'a été exprimé. Il n'y a même pas eu de compte rendu

²³²⁹ Cons. const., décis. n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi relative à la liberté de communication*, *JORF* du 2 août 2000, p. 11922, *Rec.* p. 121, cons. 11, 12 et 14.

²³³⁰ *Ibid.*, cons. 14 et 15.

²³³¹ *Idem.*, cons. 13.

²³³² *Idem.*

²³³³ L'article énonce : « Les séances des deux assemblées sont publiques. Le compte-rendu intégral des débats est publié au Journal officiel.

Chaque Assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres ».

²³³⁴ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 50.

²³³⁵ Voir *JORF* du 21 juin 2008, n°49, S (C.R.), séance du 20 juin 2008, p. 3174-3177.

de l'audition de M. PROGLIO puisque celle-ci s'est déroulée à huis clos²³³⁶ », à la demande de l'intéressé. Cette affaire peut expliquer que, malgré les réticences affichées par les sénateurs à l'égard de la publicité systématique des auditions lors de la révision constitutionnelle, ce principe s'imposa sans heurts s'agissant de la procédure de l'article 13. L'article 1^{er} alinéa 2 de la loi ordinaire du 23 juillet 2010 dispose désormais : « L'audition est publique sous réserve de la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale ».

Cette publicité peut prendre diverses formes, étant entendu que les commissions peuvent « organiser la publicité [de leurs travaux] par les moyens de [leur] choix ». Si le recours au compte rendu est un procédé classique dans les deux Chambres²³³⁷, les retransmissions audiovisuelles tendent à se développer²³³⁸. Toutes les auditions opérées sur le fondement de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution ont, à ce jour, été ouvertes à la presse et fait l'objet d'une captation vidéo, disponible en ligne.

425. Pour autant, le bureau de la commission compétente conserve la possibilité de procéder à l'audition à huis-clos²³³⁹. En effet, il existe deux exceptions à la publicité qui figuraient déjà, au moment des débats, à l'article 29-1§3 du règlement de l'Assemblée nationale : « Sous réserve de la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale constatée par le bureau, l'audition est publique ». Saisi de la conformité du règlement de l'Assemblée nationale en juin 2009, le Conseil constitutionnel décida que « la législation assurant la préservation du secret professionnel et du secret de la défense nationale interdit à toute personne qui en est dépositaire de révéler de tels secrets, même à l'occasion de son audition par une commission permanente²³⁴⁰ ». À cette époque, en effet, la procédure d'audition n'était prévue que par les dispositions du règlement du palais Bourbon. Celui-ci ne

²³³⁶ *JORF* du 27 janvier 2010, n°8, AN, séance de questions au Gouvernement du 26 janvier 2010, p. 467.

²³³⁷ Voir articles 46 RAN et 16 RS.

²³³⁸ *Idem.*

²³³⁹ Art. 29§1 RAN. Le règlement du Sénat ne mentionne rien de tel mais on peut penser que la même règle sera appliquée. Rappelons que « les bureaux des commissions [permanentes de l'Assemblée nationale] comprennent, outre le président, quatre vice-présidents et quatre secrétaires. [...] La composition du bureau de chaque commission s'efforce de reproduire la configuration politique de l'Assemblée et d'assurer la représentation de toutes ses composantes » (art. 39§2 RAN). Ceux des commissions permanentes du Sénat comptent « outre le président et huit vice-présidents, un secrétaire par fraction de dix membres de leur effectif » (art. 13§2 RS). Ces exceptions sont susceptibles de susciter quelques difficultés car le législateur n'a pas prévu les moyens de résoudre un éventuel conflit. Rien n'indique ce qu'il adviendrait si un parlementaire ou l'impétrant contestait l'organisation d'une audition à huis clos ou, au contraire, son caractère public.

²³⁴⁰ Cons. const., décis. n°2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 7, *JORF* du 28 juin 2009, p. 10871, *Rec.* p. 120.

pouvait prévoir de dérogations au respect du secret professionnel et du secret de la défense nationale qui se présente comme une obligation légale de silence et de discrétion.

426. Le secret professionnel peut être défini comme :

L'obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels pour l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, de ne pas les divulguer hors les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. [Cette obligation est] sanctionnée par la loi pénale [et] pèse sur les médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes, mais également sur tout autre personne dépositaire par état, profession ou fonction (temporaire ou permanente) des informations à caractère secret qu'on leur confie (avocats, notaires, ministre du culte, etc.²³⁴¹

La violation du secret professionnel constitue un délit sanctionnable au titre de l'article 226-13 du Code pénal aux termes duquel : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »²³⁴². Ce délit vise à protéger les « atteintes à la personnalité²³⁴³ »²³⁴⁴.

Aux termes de l'article 413-9 du même Code, « présentent un caractère de secret de la défense nationale [...] les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion » (al. 1). Les informations « dont la divulgation pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale²³⁴⁵ » (al. 2) sont également protégées par le secret « par extension²³⁴⁶ ». Les atteintes ou tentatives d'atteintes à ces secrets constituent des délits répréhensibles en vertu des articles 413-10 à 413-12 du Code pénal.

427. Ces exigences légales de silence ne pouvaient donc pas être levées par les règlements des assemblées. En revanche, des dispositions législatives peuvent avoir un tel objet. Ce semble être le cas de l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 2010 *relative à l'application du*

²³⁴¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Secret ».

²³⁴² L'article suivant établit cependant des dérogations lorsque la loi l'impose ou l'autorise.

²³⁴³ Tel est le titre du chapitre IV du titre II (Des atteintes à la personne humaine) du livre II (Des crimes et délits contre les personnes) du Code pénal.

²³⁴⁴ Pour de plus amples développements à ce sujet et une riche bibliographie, voir B. PY, « Secret professionnel », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2003, mis à jour en 2012.

²³⁴⁵ Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, entrée « Secret ».

²³⁴⁶ L'expression est proposée par S. REYNE, *in* « Intérêts fondamentaux de la nation (atteintes aux) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2009, mis à jour en 2013.

cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution aux termes duquel « l'audition est publique sous réserve de la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale ». Selon cette disposition, le huis-clos paraît s'imposer pour protéger le secret professionnel et le secret de la défense nationale. Il faut donc y voir une dérogation au secret ; les candidats auditionnés par les parlementaires peuvent divulguer les secrets dont ils sont gardiens. En effet, si cette disposition n'autorisait pas à lever le secret, rien ne justifierait le huis-clos²³⁴⁷.

L'audition prévue par la loi ordinaire est donc obligatoire et publique sous les deux réserves précitées.

3. Le délai : un enjeu politique majeur

428. Les expérimentations informelles déjà évoquées et qui furent préalables à l'adoption des lois organique et ordinaire de juillet 2010 auront permis non seulement d'apprécier l'importance de l'audition mais encore de mesurer le caractère crucial de la question des délais.

À l'initiative du rapporteur GÉLARD, les sénateurs adoptèrent un amendement aux termes duquel : « Cette audition ne peut avoir lieu moins de huit jours après que le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été rendu public²³⁴⁸ ». Au soutien de son amendement, le rapporteur invoqua les conditions dans lesquelles s'étaient déroulées les auditions des individus pressentis pour être nommés aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel. Il prit pour exemple le cas de l'audition de Michel CHARASSE²³⁴⁹ :

C'est l'expérience des auditions [*de la veille*] qui nous a amenés à penser qu'il fallait prévoir un délai entre le moment où un nom était proposé et l'audition de la personne par la commission. Il n'est en effet pas très souhaitable de devoir travailler dans l'urgence parce que l'on ne connaît les noms que la veille du jour où l'on se réunit²³⁵⁰.

²³⁴⁷ Examinant la conformité de la loi ordinaire *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, le haut Conseil ne s'est pas prononcé sur la question du secret. Voir Cons. const., décis. n°2010-610 DC du 12 juillet 2010, *Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, *JORF* du 24 juillet 2010, p. 13670, *Rec.* p. 146.

²³⁴⁸ Art. 1^{er} al. 3 de la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*.

²³⁴⁹ Pour le récit de cette audition par l'intéressé, voir annexe 2, p. 650 et s.

²³⁵⁰ *JORF* du 26 février 2010, n°23, S (C.R.), séance du 25 février 2010, p. 1856.

Les parlementaires souscrivirent à l'idée selon laquelle ce délai incompressible est un moyen nécessaire pour leur permettre la préparation des auditions. Néanmoins, d'autres difficultés connexes furent laissées sans réponse par les lois d'application de l'article 13.

429. Il est remarquable que l'exemple des États-Unis ait été régulièrement convoqué au cours des débats de l'été 2008 mais qu'il ait passablement manqué aux débats de l'été 2010. Pourtant, les écrits américains relatifs aux délais du *confirmation process* fournissent des éléments d'analyse qui auraient été utiles aux parlementaires français. En particulier, des études ont montré que le Président et les sénateurs aux États-Unis peuvent avoir intérêt, pour des motifs différents, à ne pas pourvoir immédiatement un emploi vacant. Les principales difficultés surviennent lorsqu'ils ne sont pas du même bord politique. Les stratégies adoptées peuvent alors paralyser le fonctionnement de l'administration puisque la procédure d'approbation concerne des milliers d'emplois²³⁵¹.

Les analystes américains distinguent deux périodes. La première s'étend de la vacance de l'emploi à la décision du Président de pourvoir cet emploi. Craignant un refus ou espérant une majorité favorable, le Président peut parfois attendre plusieurs mois avant de proposer le nom d'un futur titulaire potentiel. Les années CLINTON en constituent un exemple topique²³⁵² : en moyenne, cinq cents jours s'écoulaient avant que le Président décidât de proposer un nom²³⁵³. Au demeurant, cette méthode dilatoire permet au Président d'utiliser les nominations comme moyen de pression sur les membres du Congrès :

C'est ce qui explique qu'il y ait toujours beaucoup d'emplois vacants dans la haute administration fédérale : tant que le président ne les a pas pourvus, il peut compter sur le soutien des *congressmen* qui les ont sollicités pour leur propre clientèle²³⁵⁴.

La seconde période se situe entre la proposition d'un candidat par le Président et le début du *confirmation process*. À ce moment du processus, ce sont les sénateurs qui usent de manœuvres dilatoires. Ceux-ci peuvent vouloir retarder la confirmation parce qu'ils s'attendent à une alternance favorable faisant suite à l'élection d'un nouveau Président

²³⁵¹ Pour un résumé de ces méthodes, voir concernant les stratégies présidentielles, M. J. GERHARDT, *The federal appointments process (...)*, *op. cit.*, p. 123-128 et, concernant la stratégie des sénateurs, L. COHEN BELL, « Senatorial Discourtesy (...) », art. cité, p. 589-607.

²³⁵² Pour une étude critique des nominations des années CLINTON, voir B. P. DENNING, « Reforming the new confirmation process : replacing “despise and resent” with “advice and consent” », *Administrative Law Review*, vol. 53, 2001, p. 1-44.

²³⁵³ M. J. GERHARDT, *The federal appointments process (...)*, *op. cit.*, p. 124.

²³⁵⁴ B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 300, note 1.

appartenant à leur parti politique. D'autres cherchent à retarder les nominations par idéologie : certains sénateurs préfèrent une administration non politisée fonctionnant sans directeur²³⁵⁵. De plus, « le recours aux manœuvres dilatoires (*delay*) est une stratégie particulièrement efficace pour contester une nomination présidentielle²³⁵⁶ »²³⁵⁷. Il semblerait d'ailleurs que ce phénomène s'aggrave car, alors que le délai moyen entre la proposition par le Président et la confirmation par le Sénat était de soixante-cinq jours sous la présidence Ronald REAGAN (1981-1989), il doubla presque lors de la présidence George H. W. BUSH (1989-1993), s'élevant à cent-vingt jours, et augmenta encore sous la présidence Bill CLINTON (1993-2001) puisqu'il fallait deux-cent-douze jours, en moyenne, pour obtenir une décision des sénateurs²³⁵⁸.

430. Ces analyses se présentent comme des éléments de comparaison susceptibles de révéler une potentielle limite à la procédure adoptée en France. En effet, le délai de huit jours retenu par le législateur français ne permet d'encadrer aucune des deux périodes identifiées dans le cas américain. Pourtant, afin d'éviter les manœuvres dilatoires des parlementaires, Jean-Luc WARSMANN avait bien compris que :

Dans la mesure où l'avis que devra rendre la commission sera une formalité substantielle dont l'absence de respect pourrait entacher de nullité l'acte de nomination, il conviendra sans doute d'imposer à la commission un délai au-delà duquel l'absence d'avis sera réputée être un avis positif tacite. Ce délai devra assurer l'équilibre nécessaire entre l'impératif de continuité du service public, qui peut dans certains cas exiger une nomination dans des délais brefs, et le besoin d'un temps d'examen approfondi des propositions soumises à l'avis de la commission²³⁵⁹.

Cependant, l'idée consistant à prévoir l'accord tacite des commissions permanentes à l'échéance d'un certain délai ne fut pas davantage retenue que l'idée d'un délai à respecter pour rendre l'avis. La loi ordinaire du 23 juillet 2010 ne prévient donc pas les risques que l'exemple américain enseigne. De surcroît, dans la mesure où, en France, les deux Chambres interviennent dans le processus de nomination, les possibilités de telles manœuvres dilatoires

²³⁵⁵ M. SILVERSTEIN, *Judicious choices (...)*, *op. cit.*, p. 23.

²³⁵⁶ *Loc. cit.* Notre trad. pour : « Delay is a particularly effective strategy in contesting a presidential nomination ».

²³⁵⁷ Voir aussi en ce sens S. A. BINDER and F. MALTZMAN, « Senatorial delay in confirming federal judges (1947-1998) », *American Journal of Political Science*, vol. 46, 2002, p. 190-199. Les auteurs démontrent que raisons idéologiques et stratégies institutionnelles se conjuguent pour expliquer les manœuvres dilatoires du Sénat.

²³⁵⁸ M. J. GERHARDT, *The federal appointments process (...)*, *op. cit.*, p. 123-124. Voir aussi P. MBONGO, « La séparation entre administration et politique en droit américain », art. cité, p. 67-68.

²³⁵⁹ J.-L. WARSMANN, *Rapport n°892 (...)*, *op. cit.*, p. 146.

se trouvent augmentées. Par ailleurs, le législateur semble avoir ignoré que certaines nominations sont-elles même encadrées par des délais maximums qui peuvent susciter une contradiction entre les deux normes. Ainsi, lorsqu'un membre du Conseil constitutionnel est contraint à la démission, l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel prévoit son remplacement « dans la huitaine²³⁶⁰ ». Compte tenu de la procédure établie par la loi ordinaire de juillet 2010, il ne serait donc légalement pas possible au président de la République de nommer un remplaçant sous huit jours au maximum, tout en laissant au moins huit jours aux parlementaires pour organiser l'audition.

B. La publication des avis

431. La question des mesures de publicité des avis n'est pas moins fondamentale que la question des conditions de la publicité de l'audition car, comme l'écrit Benoît MONTAY, « la crainte d'une mauvaise presse peut transformer un avis pourtant simple *de jure*, en un avis conforme *de facto*²³⁶¹ ». L'étude de la procédure instaurée par l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, par ses deux lois principales de concrétisation et, plus ponctuellement, par le règlement de chaque chambre, oblige à distinguer trois avis émis à ce titre. D'abord, chacune des commissions permanentes compétentes dans chaque assemblée se prononce par un « avis public²³⁶² » ; il s'agit de l'avis initial propre à chaque commission. Ensuite, le décompte des suffrages constitutifs de chaque avis permet d'établir le sens de l'avis final qui, seul, s'impose au président de la République. Or, seuls les avis rendus par chaque commission doivent être publics. Rien n'impose la publicité de l'avis final.

432. Étrangement, la signification de l'exigence de publicité des avis initiaux n'a jamais été clarifiée à l'occasion des débats lors des travaux constitutionnels ou lors des travaux législatifs de concrétisation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Depuis l'entrée en vigueur des lois de juillet 2010, les avis de chaque commission sont publiés au *Journal officiel* mais ne sont pas toujours mentionnés dans les visas de l'acte de nomination concerné. De plus, leur publication n'obéit encore à aucune cohérence. Les avis rendus par les

²³⁶⁰ Art. 10 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

²³⁶¹ B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, *op. cit.*, p. 24 (du PDF disponible en ligne).

²³⁶² Art. 13 al. 5 de la Constitution.

commissions compétentes de chaque assemblée paraissent le même jour au *Journal officiel* – compte tenu de la simultanéité des dépouillements – mais dans un *Journal officiel* souvent distinct de celui dans lequel paraît la nomination en tant que telle²³⁶³.

L'évidence conduirait à penser qu'à tout le moins le sens de l'avis rendu par chaque commission ou le sens de l'avis conjoint finalement rendu apparaissent dans les visas de l'acte de nomination, dans la mesure où l'intervention des parlementaires constitue une « formalité substantielle²³⁶⁴ » de la procédure rénovée. Certes, cette omission dans les visas n'emporte nullement illégalité de l'acte de nomination²³⁶⁵. Pour autant, une telle mention satisferait pleinement l'objectif de publicité de l'avis et témoignerait de son insigne portée juridique puisqu'il s'agit d'un avis conforme faisant des parlementaires les coauteurs de ces actes de nomination²³⁶⁶. Mais, faute de précision en ce sens, la mention des avis rendus au titre de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution est encore très aléatoire. À défaut d'une présentation formelle uniformisée de l'acte au *Journal officiel*, il faut admettre que la publicité de l'audition est encore le meilleur gage de transparence de la procédure. Il est dès lors d'autant plus louable qu'elle ait été systématisée car la publication des décrets de nomination fait encore souvent accroire à un pouvoir présidentiel exercé de façon solitaire²³⁶⁷.

*
* *

²³⁶³ Par exemple, la nomination de Stéphane PALLEZ au poste de présidente-directrice générale de la Française des jeux est parue au *Journal officiel* du 6 novembre 2014 sans qu'il soit fait mention des avis des commissions. La candidate avait pourtant été auditionnée par les commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat le 22 octobre 2014 ; le vote avait eu lieu le même jour. L'avis fut publié au *Journal officiel* du 24 octobre 2014 dans la rubrique « informations diverses ».

²³⁶⁴ J.-L. WARSMANN, *Rapport n°892 (...), op. cit.*, p. 146.

²³⁶⁵ Voir *supra* p. 395 et s.

²³⁶⁶ Sur l'idée selon laquelle les parlementaires sont coauteurs des nominations dans le cadre de la procédure étudiée, à raison de l'avis conforme qu'ils rendent, voir *supra* p. 375 et s.

²³⁶⁷ Lorsqu'il ne sont pas délibérés en Conseil des ministres, les actes de nomination adoptés en vertu de la procédure de l'article 13 alinéa 5 ne comportent que deux lignes au *Journal officiel* : « Par décret du président de la République en date du JOUR/MOIS/ANNÉE, Mme/M. XX est nommé(e) ... ».

Conclusion du chapitre

433. Cette première approche de la procédure introduite à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution a permis d'en souligner le caractère doublement limité quant à l'exercice de la compétence présidentielle de nomination.

D'une part, ce contrôle pèse sur peu de nominations présidentielles. En ce sens, il a un champ d'application limité. En 2015, il ne concerne que cinquante-trois emplois ou fonctions (six en vertu de dispositions constitutionnelles et quarante-sept en vertu de la loi organique du 23 juillet 2010). D'autre part, quoiqu'il érige les commissaires en coauteurs des actes de nomination auxquels ils participent, ce contrôle leur permet tout au plus de s'opposer à l'erreur manifeste de désignation ; cette procédure sert moins le consensus que l'absence de dissension. Néanmoins, elle introduit de la transparence dans le processus de désignation, ce qui peut inviter le président de la République à ne pas franchir le Rubicon d'une décision unanimement jugée illégitime.

Pour ces raisons, les conséquences de ce contrôle sur le pouvoir qu'il s'agissait d'encadrer sont à nuancer. Au-delà de ses caractéristiques propres et de l'étude de ses effets sur la compétence de nomination présidentielle et sur son exercice, il convient encore d'interroger les conséquences de cette procédure sur les institutions mêmes de la Cinquième République.

CHAPITRE SECOND. UN CONTRÔLE AUX CONSÉQUENCES AMBIGUËS SUR LES INSTITUTIONS DE LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE

434. Si le contrôle parlementaire des nominations est limité quant à son champ d'application et quant à ses effets sur l'exercice de la compétence présidentielle, il emporte encore d'autres conséquences qui méritent d'être étudiées compte tenu de leur portée institutionnelle : ce nouveau dispositif s'insère difficilement dans l'édifice général de la Cinquième République. Loin d'être cantonnés à la relation entre les autorités de nomination – commissaires, président de la République et Gouvernement –, ses effets se déploient au-delà, sur les personnes nommées et les institutions dont elles relèvent.

Les trois chapitres du rapport BALLADUR correspondent aux trois grandes finalités que le comité avait identifiées : « mieux contrôler » le pouvoir exécutif²³⁶⁸, « renforcer le Parlement²³⁶⁹ » et garantir « des droits nouveaux pour les citoyens²³⁷⁰ ». L'introduction d'un cinquième alinéa à l'article 13 de la Constitution vise avant tout la première fin annoncée, mais elle n'est pas sans effet sur les deux autres axes du triptyque. Ce rôle nouveau conféré aux commissions permanentes pourrait d'une part contribuer à « renforcer le Parlement » ; rendre publique une partie du processus de nomination pourrait d'autre part favoriser indirectement un meilleur accès des citoyens à la connaissance des institutions, à la compréhension du phénomène politique et potentiellement permettre que « les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le

²³⁶⁸ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 9 et s.

²³⁶⁹ *Ibid.*, p. 30 et s.

²³⁷⁰ *ibid.*, p. 68 et s.

but de toute institution politique, en soient plus respectés²³⁷¹ » et éventuellement discutés. Il convient de se demander si l'instauration de cette procédure répond à ces trois objectifs annoncés. Une telle étude conduira à la démonstration de l'ambiguïté caractérisant le dispositif d'avis parlementaire. Une première ambiguïté naît de la difficulté de concilier le contrôle pesant sur l'exécutif et le renforcement du Parlement. Cette procédure d'avis contribue, au moins en apparence, à la légitimation du pouvoir de désignation capté par le président de la République (**Section 1**). Mais cette légitimation ne s'explique pas par un surcroît de qualité des nominations prononcées après avis des commissaires. Si le rapport BALLADUR mettait la recherche des mérites au cœur du dispositif, bien des éléments conduisent à douter de l'effectivité de la procédure à cet égard. De plus, la question de l'indépendance – faute d'avoir fait l'objet d'une véritable réflexion à l'occasion de la réforme de 2008 – devra être également interrogée (**Section 2**).

SECTION 1. UN CONTRÔLE AUX EFFETS AMBIGUS SUR LES AUTORITÉS DE NOMINATION

435. En 2008, le comité BALLADUR avait imaginé divers mécanismes susceptibles d'atténuer la « rationalisation du parlementarisme » telle qu'elle avait été instaurée et pensée en 1958. Certaines propositions, retenues ou non par le Gouvernement, visaient manifestement cet objectif : parmi elles, la volonté de « renforcer le Parlement²³⁷² ». Cinq principaux types de mesures devaient servir cette fin :

Donner aux assemblées la maîtrise de leurs travaux ; améliorer la fonction législative du Parlement ; le transformer en un véritable pouvoir de contrôle et d'évaluation de l'action gouvernementale ; revaloriser la fonction parlementaire ; renforcer les garanties reconnues à l'opposition²³⁷³.

Le contrôle des nominations n'est pas étranger aux trois dernières de ces propositions. Mais, contrairement à ce qui a cours dans d'autres États, la France a fait le choix de confier cette

²³⁷¹ Préambule de la DDHC de 1789.

²³⁷² COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 30.

²³⁷³ *Loc. cit.*

fonction, non au Parlement mais à ses commissions permanentes. Une telle décision n'est pas dépourvue de conséquences car cette procédure pourrait susciter de nouveaux équilibres institutionnels entre les assemblées (§1). En outre, faute d'une clarification ou d'un retour à la lettre de la Constitution s'agissant des compétences de nomination incombant respectivement au président de la République et au Premier ministre, le dispositif n'est pas sans incidences sur les organes du pouvoir exécutif même. En effet, il pourrait notamment conférer un surcroît de légitimité aux actes présidentiels de nomination tout en étant susceptible de les soustraire à tout contrôle juridictionnel (§2).

§1. Un nouvel équilibre des pouvoirs entre les Chambres

436. La détermination de l'organe compétent pour émettre l'avis parlementaire était capitale quant à l'équilibre institutionnel entre les assemblées : ceci explique que la question survint dès les premiers instants des débats. Fut initialement imaginée la création d'« une commission mixte *ad hoc* de l'Assemblée nationale et du Sénat composée à la proportionnelle des groupes²³⁷⁴ » qui aurait eu vocation à se prononcer pour avis sur les nominations présidentielles. Le Gouvernement retint cette idée mais confia à la loi organique le soin de déterminer la composition d'une telle commission²³⁷⁵. Les députés opposèrent plusieurs arguments à un tel projet. Non seulement rien ne garantissait selon eux que la commission fût un « organe interne au Parlement²³⁷⁶ », mais rien ne garantissait non plus que « les députés et sénateurs composant cette commission [fussent] obligatoirement désignés par leurs assemblées respectives, ni que cette commission [pût] disposer des services des assemblées²³⁷⁷ ». L'Assemblée nationale adopta finalement une disposition prévoyant que l'organe compétent pour se prononcer sur les nominations constituerait « la réunion des commissions permanentes compétentes dans chaque assemblée²³⁷⁸ ». Les sénateurs

²³⁷⁴ *Ibid.*, p. 18.

²³⁷⁵ « Le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis d'une commission constituée de membres des deux assemblées du Parlement. [La loi organique] détermine la composition de cette commission ainsi que les modalités selon lesquelles son avis est rendu » (*Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, n°820, préc., art. 4).

²³⁷⁶ J.-L. WARSMANN, *Rapport n°892 (...)*, *op. cit.*, p. 141.

²³⁷⁷ *Loc. cit.*

²³⁷⁸ *Ibid.*, p. 143 ; amdt n°46 CL. *JORF* du 23 mai 2008, n°37, AN (C.R.), troisième séance du 22 mai 2008, p. 2407.

s'opposèrent pour leur part à cet amendement susceptible, à leurs yeux, d'affaiblir leur représentation « lorsque l'effectif des commissions présente de fortes disparités selon les assemblées²³⁷⁹ ». Ils privilégièrent la création d'une « commission mixte paritaire issue des commissions permanentes compétentes de chaque assemblée²³⁸⁰ ». Mais les députés répugnèrent à l'idée de conférer « aux sénateurs un poids aussi important qu'aux députés en matière d'avis sur les nominations²³⁸¹ ». À l'initiative du rapporteur WARSMANN²³⁸² fut finalement votée la disposition selon laquelle l'avis est émis par les commissions permanentes compétentes dans chaque assemblée²³⁸³.

437. Aux termes de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution adopté, il incombe au législateur ordinaire de déterminer « les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés » ; ceci appelle plusieurs remarques. Premièrement, la rédaction de l'article est telle qu'elle ne semble nullement contraindre le législateur à retenir la compétence d'une seule commission pour se prononcer sur une nomination²³⁸⁴. Deuxièmement, dans la mesure où la dénomination des commissions et leurs attributions respectives varient d'une assemblée à l'autre, le législateur ordinaire n'a pas d'autre option que de désigner matériellement – et non nominalement – les commissions compétentes, car toute modification du champ de compétence d'une commission pourrait « entraîner une modification de la loi si elle désignait la commission par son appellation même²³⁸⁵ ». Dès lors, la détermination par la loi des commissions permanentes compétentes peine à démontrer son utilité, sinon pour prévenir les désaccords susceptibles de surgir quant à la détermination de la commission compétente. Cependant, les règlements des assemblées prévoient déjà des modes de

²³⁷⁹ J.-J. HYEST, *Rapport n°387 (...), op. cit.*, p. 67.

²³⁸⁰ *JORF* du 20 juin 2008, n°48, S (C.R.), séance du 19 juin 2008, p. 3054.

²³⁸¹ J.-L. WARSMANN, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, AN, deuxième lecture, juillet 2008, n°1009, p. 74.

²³⁸² Amdt n°6 CL.

²³⁸³ J.-L. WARSMANN, *Rapport n°1009 (...), op. cit.*, p. 75.

²³⁸⁴ Cette solution n'a jusqu'alors pas été retenue dans le cadre de la procédure de l'article 13 al. 5 de la Constitution. Remarquons cependant que le législateur organique a imposé l'exigence d'une « audition publique conjointe de la commission des finances et de la commission des affaires sociales de l'assemblée concernée » préalablement à la nomination des membres du Haut Conseil des Finances publiques nommés par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, les présidents des commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat (Loi organique n°2012-1403 du 17 décembre 2012 *relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*). Aux États-Unis, préalablement au vote de l'ensemble des sénateurs, les candidats peuvent être auditionnés par plusieurs commissions (voir L. H. TONG., « Senate Confirmation Process : An Overview », art. cité, p. 2).

²³⁸⁵ J.-P. CAMBY, « La répartition des compétences entre la loi organique, la loi ordinaire et le règlement des assemblées dans la mise en œuvre de la révision constitutionnelle », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle, op. cit.*, p. 44.

résolution de conflits qui auraient pu suffire dans le cadre de la procédure étudiée²³⁸⁶. Enfin, la loi organique et la loi ordinaire du 23 juillet 2010 opèrent en miroir : pour chaque emploi ou fonction que vise la loi organique, la loi ordinaire désigne la commission permanente compétente²³⁸⁷, ce qui n'est pas sans poser problème compte tenu des régimes distincts de chacune de ces formes de loi. La décision n°2013-677 DC précitée l'illustre. La loi organique *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public* (qui deviendra la loi organique n°2013-1026) entendait soumettre la nomination du président de l'Institut national de l'audiovisuel (INA) à la procédure d'avis étudiée. En parallèle, la loi ordinaire établissait la compétence de la commission des affaires culturelles pour se prononcer sur ladite nomination. Le Conseil constitutionnel fut seulement saisi du premier de ces textes et il censura la disposition relative à l'INA. La loi ordinaire n°2013-1028 comporte désormais une mention inutile, voire contraire à la Constitution²³⁸⁸. Il n'en reste pas moins que la commission des affaires culturelles demeure compétente pour se prononcer sur une nomination qui ne lui sera jamais soumise.

Outre les conséquences qu'il emporte quant à la qualité du droit et quant à la procédure d'avis elle-même, le choix de faire intervenir les commissions permanentes suscite des interrogations quant au rôle de chaque chambre. Il n'est pas certain en effet que le but visé par les députés – à savoir dénier aux sénateurs un rôle équivalent au leur –, ait été atteint par les dispositions adoptées. En même temps que l'article 13 alinéa 5 de la Constitution contribue au « renouveau des commissions permanentes²³⁸⁹ » (A), il entraîne le renforcement du Sénat puisqu'il pourrait lui conférer, dans certaines hypothèses, un rôle prépondérant par rapport à celui de l'Assemblée nationale (B).

²³⁸⁶ Art. 82§1 RAN et art. 16§3 RS.

²³⁸⁷ Le Conseil constitutionnel censure les lois organiques qui auraient pour objet à la fois d'ajouter un emploi ou une fonction à la liste annexée à la loi organique de juillet 2010 et à la fois de désigner la commission permanente compétente. Voir en ce sens Cons. const., décis. n°2008-572 DC du 8 janvier 2009, *Loi organique portant application de l'article 25 de la Constitution*, préc. De même censure-t-il la loi ordinaire qui prévoit la commission permanente compétente pour se prononcer sur une nomination avant qu'une loi organique ait effectivement ajouté l'emploi en cause à la liste annexée à la loi organique du 23 juillet 2010. En ce sens Cons. const., décis. n°2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, *JORF* du 18 mars 2014, p. 5450. Voir G. SUTTER, « Contrôle parlementaire des nominations présidentielles : la compétence incontournable du législateur organique », *Constitutions*, 2014, p. 170-175.

²³⁸⁸ L'affirmation de cette non-conformité s'autorise de la décision Cons. const., décis. n°2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, préc.

²³⁸⁹ C. KROLIK, « Le renouveau des commissions parlementaires permanentes ? », *RFDC*, n°98, 2014, p. 345-368.

A. Une procédure contribuant au « renouvellement des commissions permanentes »

438. Comme le montre Christophe KROLIK dans son article éponyme, « le renouvellement des commissions parlementaires permanentes » a été servi par plusieurs des modifications introduites par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008²³⁹⁰. Parmi elles, l'article 13 alinéa 5 de Constitution concourt à cette fin, loin de la défiance qui régnait à l'égard des commissions sous les Troisième et Quatrième Républiques²³⁹¹. En sus de ses fonctions élective et législative, le Parlement français a désormais une fonction exécutive analogue à l'*executive business*²³⁹² qui occupe le Sénat américain durant les *executive sessions*²³⁹³. Cette nouvelle mission constitue en elle-même un renouvellement de la fonction parlementaire. Et le choix de confier aux commissions parlementaires permanentes la compétence pour émettre un avis sur les nominations s'autorise d'un certain nombre d'arguments : leur existence, la permanence de leur activité, leur composition, l'obligation de présence incombant à ses membres et leur spécialisation.

Avant tout, les commissions se présentent, dans le cadre de la procédure étudiée, comme des contrôleurs dont l'existence est assurée par leur reconnaissance constitutionnelle. Seule une disposition constitutionnelle pourrait la remettre en cause et, ce faisant, revenir notamment sur le contrôle qu'elles exercent sur les nominations. Ensuite, leur caractère permanent paraît assurer la continuité du contrôle. Elles sont effectivement susceptibles de siéger à tout moment, en session ordinaire, extraordinaire ou hors session, sur convocation de leur président ou du président de l'assemblée concernée²³⁹⁴. De plus, leur composition a vocation

²³⁹⁰ L'auteur étudie ainsi la modification de l'article 43 de la Constitution permettant l'augmentation du nombre de commissions permanentes tout en le limitant à huit ce qui, selon lui, « garantit un équilibre entre la prolifération et la contrainte excessive » (p. 349) ainsi qu'une « meilleure répartition de la charge de travail entre les fonctions législatives et de contrôle » (p. 350). Il mentionne également la temporalité de l'examen des projets de loi par les commissions (*idem*), la reconnaissance d'un « pouvoir décisionnel » s'exprimant notamment par le fait que les débats en séance publique portent désormais sur le texte des commissions (art. 42) (*idem*) ou encore le « renforcement de la publicité des débats en commission » (p. 351), etc.

²³⁹¹ En ce sens, par exemple, J. BARTHÉLÉMY, *Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*, Librairie Delagrave, 1934, p. 60 : « Je comprends à merveille que les gouvernants considèrent les commissions comme des instruments de torture » (cité par C. KROLIK, « Le renouvellement des commissions parlementaires permanentes ? », art. cité, p. 353).

²³⁹² Cela concerne les nominations et les traités.

https://www.senate.gov/reference/glossary_term/executive_business.htm

²³⁹³ Ces séances ne furent ouvertes au public et à la presse qu'à partir de 1929.

https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/Feature_Homepage_ExecutiveSessions.htm

²³⁹⁴ Art. 40§3 RAN et art. 20§1 RS.

à préserver l'équilibre politique de l'assemblée dont elles relèvent puisque « les groupes constitués [*conformément au règlement*] disposent d'un nombre de sièges proportionnel à leur importance numérique par rapport à l'effectif des membres composant²³⁹⁵ » l'assemblée. Ceci permet d'éviter une distorsion politique des résultats des votes d'une commission à l'autre ; ce d'autant qu'un parlementaire ne peut appartenir à plusieurs commissions permanentes²³⁹⁶. Ainsi l'égalité des votants est-elle assurée : chaque parlementaire n'a qu'une voix. Au reste, contrairement aux réunions en séances publiques, les commissaires sont tenus d'être présents en commission²³⁹⁷. Cette limite à l'absentéisme permet d'assurer le quorum²³⁹⁸, prévenant ainsi les manœuvres dilatoires étudiées précédemment²³⁹⁹. Enfin, les commissions permanentes sont spécialisées par domaine ce qui contribue à façonner l'expertise des commissaires qui y siègent. Aussi les auditions sont-elles menées par des parlementaires dont les connaissances pourraient enrichir la procédure.

439. De surcroît, l'intervention des commissions dans le cadre des procédures de nomination confirme leur vocation à être de véritables lieux de la délibération parlementaire sous la Cinquième République. Il est effectivement possible de penser, conformément à certaines analyses américaines, que les commissaires « peuvent aussi utiliser les auditions comme une tribune pour soutenir leurs propres conceptions des politiques publiques, pour déterminer ou pour contester la position de l'Administration sur les questions politiques et pour obtenir des engagements de la part d'un candidat²⁴⁰⁰ ».

Les auditions auxquelles ont déjà procédé les commissaires français confirment ces possibilités identifiées outre-Atlantique. D'une part, les parlementaires de l'opposition (et parfois de la majorité) n'hésitent pas à exprimer leurs désaccords quant aux politiques menées par le Gouvernement, sans forcément s'opposer au candidat qui se présente à eux. Ainsi, en 2013, les membres du groupe de l'Union pour la Majorité Populaire (UMP) à l'Assemblée nationale ont-ils refusé de rapporter sur la nomination de Jean-Louis NADAL à la présidence

Par exemple, à la suite du décès du conseiller PEZANT, les membres de la commission des lois de chaque assemblée se réunirent hors session le 31 août 2010 pour se prononcer sur la nomination de Mme BAZY-MALAUURIE, proposée par le Président de l'Assemblée nationale pour siéger au Conseil constitutionnel.

²³⁹⁵ Art. 37§2 RAN et, *mutatis mutandis*, art. 9§1A RS.

²³⁹⁶ Art. 38§1 RAN et art. 8§12 RS.

²³⁹⁷ Art. 42§1 RAN et art. 15§1 RS.

²³⁹⁸ Art. 43 RAN et art. 20 RS.

²³⁹⁹ Voir *supra*, p. 508 et s.

²⁴⁰⁰ L. H. TONG., « Senate Confirmation Process : An Overview », art. cité, p. 2. Notre trad. pour : « Senators may also use hearings as a forum to advance their own views on public policy, to determine or challenge the administration's position on policy issues, and to extract commitments from a nominee ».

de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique²⁴⁰¹. Pour le justifier, ils rappelèrent leur opposition à la loi instituant cette nouvelle autorité administrative indépendante²⁴⁰². D'autre part, l'idée que lors de leur audition les candidats s'engagent auprès des parlementaires a été clairement exprimée par le député URVOAS lorsqu'il entreprit de soumettre un questionnaire aux impétrants avant leur audition. Selon le président de la commission des lois, ces questionnaires ont « valeur d'engagement [...] sur les positions » qu'ils défendront une fois nommés²⁴⁰³.

Les commissaires semblent ainsi en mesure de s'approprier l'audition ; de ce point de vue, la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution peut donc apparaître comme l'une des mesures marquant le renouveau des commissions permanentes. Il n'est pas certain cependant qu'elle assure la prééminence de l'Assemblée nationale, comme y aspiraient les députés.

B. Une procédure contribuant au renforcement du Sénat

440. Dans la mesure où l'avis qui s'impose au chef de l'État est formé des voix conjuguées des sénateurs et des députés, le recours aux commissions permanentes peut desservir l'objectif recherché par les députés quant à l'équilibre entre les Chambres. En effet, le nombre de voix des sénateurs pourrait, dans certaines hypothèses, prévaloir sur celui des commissaires de l'Assemblée nationale. Pourtant, à l'occasion des débats constitutifs, le rapporteur WARSMANN s'opposa à ce que, par la création d'une commission mixte paritaire, les sénateurs puissent jouer un rôle équivalent à celui des députés²⁴⁰⁴. Dans une telle hypothèse, en effet, députés et sénateurs auraient disposé d'un nombre de voix équivalent. C'est la raison pour laquelle il fut décidé que l'avis sur les nominations serait émis par les

²⁴⁰¹ La procédure instaurée par la commission des lois fut confirmée par une modification du règlement de l'Assemblée nationale : les commissions *peuvent* décider de nommer un commissaire pour rapporter sur une nomination, pourvu qu'il s'agisse d'un rapporteur de l'opposition ou d'un groupe minoritaire.

²⁴⁰² Voir en ce sens, l'intervention de J.-F. POISSON, Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°28, séance du 11 décembre 2013, p. 9-11. L'exemple n'est pas isolé. Le lecteur pourra aussi se reporter à l'audition mouvementée de M. DUFOURCQ, pressenti pour prendre la présidence de la société anonyme BPI-Groupe : Assemblée nationale, commission des finances (C.R.), n°58, séance du 23 janvier 2013, notam. p. 10.

²⁴⁰³ Intervention de M. URVOAS, précitée, Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°66, séance du 18 juin 2014, p. 2 : « Pour la quatrième application de cette procédure, je souhaite que nous fassions de nouveaux progrès dans la formalisation des auditions. M. Tourret avait pris l'initiative d'adresser un questionnaire au candidat, qui avait répondu par écrit – ce qui avait valeur d'engagement de sa part sur les positions qu'il défendrait comme président ».

²⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 74.

commissions permanentes compétentes de chaque assemblée dont les voix exprimées seraient additionnées. Le nombre de votants potentiel est donc, depuis lors, défini par le nombre des membres de chaque commission de sorte que, dans deux hypothèses, le nombre de voix des commissaires du Sénat a pu – et pourrait être – supérieur à celui des commissaires de l'Assemblée nationale. La première tient au nombre de commissaires susceptibles de participer au vote (1) ; la seconde tient au nombre de commissaires ayant effectivement participé au vote (2).

1. La prédominance du nombre de sénateurs susceptibles de voter

441. La Constitution limite à huit le nombre de commissions dans chaque assemblée. Or, entre juillet 2010 et mars 2012, l'Assemblée nationale comptait huit commissions permanentes²⁴⁰⁵ pour six au Sénat. Durant cette période, la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire de cette seconde Chambre rassemblait soixante-dix-huit membres. Son champ de compétence embrassait de très nombreuses matières, à tel point que cette commission était appelée à se prononcer sur vingt-sept nominations, soit dans près de 56% des cas prévus à l'époque par les lois de juillet 2010. Au moment de l'adoption des lois générales de concrétisation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, aucune commission de l'Assemblée nationale ne comptait autant de membres et un si vaste champ de compétences. Sur les mêmes nominations, à l'Assemblée nationale, tantôt l'avis relevait de la commission de l'économie qui comptait soixante-quinze membres sous la XIII^e législature, tantôt de la commission du développement durable, qui, à l'époque, comptait soixante-neuf membres. Autrement dit, contrairement à l'intention des députés, dans plus de la moitié des cas, le nombre de voix des sénateurs l'emportait sur celui des députés²⁴⁰⁶. Or, comme l'indiquait le rapporteur WARSMANN avant la révision, l'inégalité

²⁴⁰⁵ L'Assemblée nationale a créé en son sein deux nouvelles commissions par la résolution n°292 du 27 mai 2009 : la commission des affaires économiques et la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire se substituèrent à l'ancienne commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire.

²⁴⁰⁶ Par exemple, dans le cas de la nomination de Jean-Paul BAILLY aux fonctions de président du conseil d'administration de La Poste en décembre 2010, de la nomination du même candidat après l'alternance au Sénat en avril 2011 ou encore de la nomination de Jean-François DHAINAUT à la présidence du Haut conseil des biotechnologies, le nombre de sénateurs amenés à prendre part au vote était supérieur au nombre de députés. Respectivement, lors de la séance du 21 décembre 2010, 12 sénateurs et 11 députés se prononcèrent (voir <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20110110/eco.html#toc4>) ; lors de la séance du 21 décembre 2010, 12 sénateurs et 11 députés se prononcèrent (voir <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20110110/eco.html#toc4>) ; lors de la séance du 12 avril 2011, 31 sénateurs s'exprimèrent, contre 8

entre députés et sénateurs dérogeait à l'équilibre établi par la Constitution entre les assemblées²⁴⁰⁷. En effet, le régime instauré par la Constitution de la Cinquième République se caractérise par un « bicamérisme différencié²⁴⁰⁸ » qui, lorsqu'il est inégalitaire, bénéficie généralement à l'Assemblée nationale²⁴⁰⁹. Pour autant, là encore, le Constituant était libre de reconfigurer les équilibres institutionnels. Il le fit en faisant participer les parlementaires à une fonction exécutive, relativement aux nominations ; il le fit encore en permettant aux commissaires du Sénat d'être plus nombreux que l'Assemblée nationale, pour certaines nominations.

Jusqu'en mars 2012, le rôle joué par chaque chambre en matière de nomination était donc lui-même « différencié » selon les emplois concernés. Pour certains emplois ou fonctions, l'Assemblée nationale était majoritaire – compte tenu du nombre de commissaires dans la commission concernée –, pour d'autres, lorsque la compétence échoyait à la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, l'équilibre se trouvait renversé.

442. Cette situation inégalitaire bénéficiant au Sénat dans bien des cas perdura jusqu'à la résolution adoptée le 29 décembre 2011²⁴¹⁰. Celle-ci modifia notamment l'article 7 du règlement du Sénat en scindant la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire en deux nouvelles commissions : affaires économiques d'une part, développement durable, infrastructures, équipement et aménagement du territoire d'autre part. Cette réforme ne prit effet qu'en mars 2012. La proximité de cette résolution avec la première alternance que connut le Sénat n'est semble-t-il pas fortuite. L'observateur cynique trouverait étonnant que les sénateurs du Parti Socialiste (PS) aient mis fin à cette situation qui leur donnait pourtant un poids non négligeable dans le processus de nomination. Mais le même observateur dirait peut-être qu'ils préparèrent l'avenir probable d'une nouvelle alternance qui advint effectivement en 2014. Depuis lors, l'objectif annoncé par J.-L. WARSMANN et visé par les députés en 2008 paraît bien atteint puisque, pour toutes les

députés (voir <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20110411/eco.html>).

²⁴⁰⁷ J.-L. WARSMANN, *Rapport n°1009 (...)*, *op. cit.*, p. 74.

²⁴⁰⁸ J.-J. HYEST, *Rapport n°387 (...)*, *op. cit.*, p. 94 notam.

²⁴⁰⁹ Contrairement au Sénat, l'Assemblée nationale peut notamment convoquer une session extraordinaire (art. 29 de la Constitution), se prononcer en dernier lieu en cas d'échec d'une commission mixte paritaire sur un texte (art. 45 de la Constitution) et surtout la responsabilité du Gouvernement (art. 49 de la Constitution).

²⁴¹⁰ Résolution n°33 du 29 décembre 2011 *tendant à modifier le Règlement du Sénat afin de renforcer le pluralisme et l'action du Sénat en matière de développement durable*.

nominations, les commissions compétentes de l'Assemblée nationale sont supérieures en nombre à leurs équivalentes au Sénat²⁴¹¹.

2. La prédominance du nombre de sénateurs votant effectivement

443. En dépit de la résolution de 2011, les sénateurs pourraient encore disposer de plus de voix que leurs homologues de l'Assemblée nationale si, en fait et de façon contingente, ils étaient plus nombreux à prendre part au vote. Il a pu ainsi advenir que, pour certaines nominations, le nombre de sénateurs ayant effectivement exprimé un suffrage fût supérieur au nombre de députés ayant participé au vote. Par exemple, le 16 avril 2014, dans le cadre de la nomination d'Yves LÉVY à la présidence de l'INSERM, vingt-trois sénateurs participèrent au scrutin et quinze s'exprimèrent effectivement (tous favorablement), tandis que seuls douze députés prirent part à la votation et onze se prononcèrent (tous favorablement)²⁴¹². La question du nombre de commissaires susceptibles de prendre part au vote permet de mieux comprendre les blocages que suscita l'élaboration du processus que les deux assemblées devaient suivre pour émettre l'avis requis au titre du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. L'importance de la question des délégations de vote prend un autre jour dès lors qu'il apparaît que le rôle de chaque commission dans le processus varie d'un poste à l'autre et d'une Chambre à l'autre.

444. La procédure étudiée a donc pu susciter un certain renouvellement du rôle du Sénat sur la période allant de l'adoption des lois de juillet 2010 à la résolution de décembre 2011. Depuis lors, l'équilibre classique entre les deux assemblées sous la Cinquième République

²⁴¹¹ D'après nos calculs, sous la XIV^e législature, à l'Assemblée nationale, la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire et la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République comptent 73 membres ; la commission des affaires économiques, la commission des affaires sociales et la commission des affaires étrangères en comprennent 72 ; la commission des affaires culturelles et de l'éducation et la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire réunissent 71 députés ; enfin, 70 commissaires composent la commission de la défense et des forces armées. L'article 7 du règlement du Sénat dénombre, quant à lui, le nombre de sénateurs dans chacune de ses commissions : « 1° La commission des affaires économiques, qui comprend 39 membres ; 2° La commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, qui comprend 57 membres ; 3° La commission des affaires sociales, qui comprend 57 membres ; 4° La commission de la culture, de l'éducation et de la communication, qui comprend 57 membres ; 5° La commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire, compétente en matière d'impact environnemental de la politique énergétique, qui comprend 39 membres ; 6° La commission des finances, qui comprend 49 membres ; 7° La commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, qui comprend 49 membres ».

²⁴¹² Voir, au Sénat, <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20140414/cult.html> et, à l'Assemblée nationale, commission des affaires culturelles et de l'éducation (C.R.), n°29, séance du 16 avril 2014, p. 16.

paraît rétabli et confirmé ; il n'est remis en cause que dans les circonstances particulières où les membres siégeant (et votant) effectivement à la commission compétente du Sénat seraient plus nombreux que leurs confrères de l'Assemblée nationale. L'enjeu n'est pas négligeable dès lors qu'il est possible que le Sénat soit politiquement opposé au Gouvernement.

445. Cette procédure opère ainsi une forme de renouvellement du Sénat, car elle lui confère une nouvelle compétence attestant que les membres du Palais du Luxembourg contribuent eux-aussi au contrôle de l'exécutif. Est-ce pour autant pleinement nouveau ? Il est possible d'en douter car cette procédure s'inscrit dans les fonctions traditionnelles qui sont celles du Sénat dans l'Histoire constitutionnelle française : il est, lui aussi, un possible « contre-pouvoir »²⁴¹³. En dépit des griefs adressés à cette institution sous la Cinquième République, comme sous d'autres régimes français²⁴¹⁴, le Sénat prend lui aussi part à la fonction de contrôle établie dans le cadre du dispositif d'avis parlementaire étudié. Néanmoins, « créé pour assurer, dans un État unitaire [...], la conservation des intérêts du régime²⁴¹⁵ », peut-être exercera-t-il cette fonction conformément aux desseins qui firent ses origines.

La procédure étudiée emporte donc des conséquences sur les équilibres institutionnels entre les deux assemblées. Elle aurait pu aussi être l'occasion de modifier radicalement l'équilibre, au sein de l'exécutif, entre président de la République et Premier ministre en assurant la « clarification²⁴¹⁶ » de leurs compétences de nomination respectives, ou du moins, en assurant le respect des dispositions constitutionnelles existantes.

²⁴¹³ Sur cette fonction du Sénat à travers l'Histoire des idées politiques et des constitutions françaises, voir K. FIORENTINO, *La Seconde Chambre en France dans l'Histoire des institutions et des idées politiques (1789-1940)*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle », 2008, 599 p. Pour une vue synthétique des conceptions françaises du bicamérisme, voir M. MORABITO, « Le bicamérisme dans l'Histoire constitutionnelle », in ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *Le Bicamérisme*, Economica-PUAM, 1997, p. 13-19. Pour un aperçu des variations affectant le rôle du Sénat au sein du « bicamérisme inégalitaire et contrôlé » de la Cinquième République, voir J. MASTIAS, « La place du Sénat dans le système politique français », in ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *ibid.*, p. 21-31.

²⁴¹⁴ Sur ces critiques, on lira à profit l'introduction de la thèse précitée.

²⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 521. Une étude établie à partir des méthodes de la science politique pourrait utilement renseigner sur les attitudes des sénateurs dans le cadre de cette procédure.

²⁴¹⁶ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16 (proposition n°7) : il conviendrait de « distinguer, s'agissant des nominations aux emplois civils, entre celles délibérées en Conseil des ministres et les autres, les premières étant fixées par la Constitution ou par la loi, afin que le président de la République ne puisse en modifier la liste par le simple jeu de la fixation de l'ordre du jour du Conseil des ministres comme cela a été le cas dans le passé ; conférer au Premier ministre le soin de procéder aux nominations autres que celles délibérées en Conseil des ministres, sauf si la loi en dispose autrement ».

§2. Une confirmation du déséquilibre des pouvoirs en faveur du président de la République

Les conséquences institutionnelles du dispositif du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution quant à l'exécutif sont de plusieurs ordres, qui illustrent l'ambiguïté du contrôle parlementaire des nominations. Faute pour le Constituant de 2008 d'avoir résolu – le voulait-il seulement ? – les tensions entre norme constitutionnelle et pratique politique préexistant à son intervention, l'article 13 alinéa 5 de la Constitution paraît mal s'insérer dans l'architecture générale de la Cinquième République. D'une part, la réforme étudiée confère un surplus de légitimité aux nominations présidentielles résultant d'un pouvoir pourtant capté, dévalorisant ce faisant davantage un Premier ministre dont la fonction est déjà entamée (**A**). D'autre part, les nominations adoptées suivant cette nouvelle procédure pourraient être considérées comme des actes de Gouvernement. La réforme aurait alors pour effet de soustraire à la compétence du juge administratif un certain nombre d'actes de nomination « importants pour la garantie des droits et liberté ». Elle peut potentiellement faire régresser le contrôle juridictionnel des actes de nomination (**B**).

A. Une procédure de nomination source de légitimation du présidentielisme

446. Le prérequis sur lequel a été établie la procédure étudiée consiste à considérer qu'il fallait encadrer l'exercice de la compétence de nomination du président de la République assimilée à un pouvoir de décision du chef de l'État. Au regard des écrits préalables à la révision et aux comptes rendus des séances, chacun des acteurs du processus constituant semblait supposer que le président de la République est bien celui qui décide des nominations dont il convenait de modifier la procédure d'édition. Si la pratique de l'exercice du pouvoir sous la Cinquième République leur donne assurément raison, tel n'est pourtant pas le sens du texte constitutionnel qui, dans ses dispositions fondamentales quant à la compétence présidentielle de nomination, n'a nullement été modifié²⁴¹⁷. Or, puisqu'il ne fut pas procédé à ces changements connexes, le cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution paraît mal

²⁴¹⁷ En particulier, les articles 5, 19, 20 et 21 n'ont pas été réécrits.

trouver sa place dans l'édifice constitutionnel. Il ignore la fonction éminente du contreseing (1) et consacre la logique négative du parlementarisme français. L'avis parlementaire sert de caution à la décision présidentielle (2).

1. L'indifférence quant à la contresignature

447. La première difficulté, et non des moindres, réside dans le fait que sont indifféremment soumises à la procédure étudiée les nominations relevant des compétences réelles du président de la République et les nominations relevant de sa compétence formelle. Car, mises à part les nominations des membres du Conseil constitutionnel, les emplois ou fonctions concernés sont tous soumis à la contresignature du Premier ministre et, le cas échéant, des ministres responsables. Tous relèvent de la compétence nominale du président de la République.

En prévoyant que « le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée », le Constituant, en 2008, semble avoir consacré le fait, heurtant le reste des dispositions en vigueur. Certes, la disposition citée pourrait être interprétée comme suspendant la signature, néanmoins formelle – sauf pour la nomination des membres du Conseil constitutionnel –, du président de la République jusqu'à l'avis des commissions permanentes. Compte tenu des diverses participations parfois contraignantes qui, en droit, s'imposent au président de la République, l'avis conforme des parlementaires pourrait être compris comme pesant sur les participants au *negotium* (en particulier sur les organes de proposition) et s'imposant aux participants à l'*instrumentum* (au-x contresignataire-s)²⁴¹⁸. Autrement dit, la procédure serait la suivante : une proposition serait soumise aux commissions permanentes par le président de la République, lui-même tenu de suivre le choix des organes dûment habilités à proposer ; les commissaires émettraient leur avis sur cette proposition, après quoi le président de la République signerait l'acte de nomination, tandis qu'il ne resterait au Premier ministre que la possibilité d'apposer son contreseing ou de ré-initier le processus de désignation. Dans une telle perspective, le président de la République recouvrerait la fonction arbitrale décrite par Michel DEBRÉ d'un organe habilité à « solliciter un autre pouvoir²⁴¹⁹ ». Une telle

²⁴¹⁸ Sur ces participations aux actes de nomination, voir *supra* le chapitre qui y est consacré, p. 331 et s.

²⁴¹⁹ M. DEBRÉ, « La nouvelle Constitution », art. cité, p. 22.

interprétation pourrait notamment se concrétiser dans l'hypothèse d'une nouvelle cohabitation.

448. Mais, eu égard aux débats parlementaires étudiés, ce n'est manifestement pas cette interprétation qui prévalut, comme l'atteste en particulier le fait que la nomination des membres du Conseil constitutionnel est également soumise au dispositif du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. S'appliquant indifféremment à la compétence de nomination réelle et à la compétence de nomination formelle du président de la République, cette disposition paraît contribuer à occulter les autres acteurs des nominations. En apparence au moins – mais la prise en compte de l'apparence est essentielle lorsque la publicité d'une procédure s'adresse notamment aux citoyens et, plus généralement, à la Société²⁴²⁰ –, le président de la République paraît être érigé en organe concentrant la compétence de nomination et le pouvoir de désignation. Fort de cette conception de l'exercice du pouvoir de nomination par le président de la République, un auteur put écrire que « la maîtrise du choix initial voire final des candidats montre que le président de la République dispose d'une influence qui ne se limite pas à celle de l'exécutif mais s'étend au pouvoir législatif²⁴²¹ ». La réforme étudiée peine à dépasser la tension entre les normes et leurs pratiques. En d'autres termes, au lieu de se donner pour objectif de modifier et d'encadrer la pratique du pouvoir par le droit, la révision de 2008, sur ce point au moins, s'établit sur le fait : il s'agit d'encadrer un pouvoir de nomination capté par le président de la République et non de chercher à restituer au Gouvernement, en fait, la compétence qui est la sienne, en droit. Ce faisant, le rôle du Premier ministre contresignataire et celui des ministres, organes majeurs de désignation, sont voilés sinon reniés. Cette réforme est surtout l'aveu, la consécration ou :

Le signe d'un renforcement du rôle du Président, qui apparaît non plus comme l'autorité qui signe une décision adoptée en Conseil des ministres mais, à l'image du président américain, comme le chef suprême, dont le pouvoir ne peut être freiné que par le pouvoir législatif, faute de pouvoir l'être au sein même d'un pouvoir exécutif qui n'est plus collégial²⁴²².

²⁴²⁰ Rappelons que l'article 15 de la DDHC de 1789 est en vigueur sous la Cinquième République et dispose que « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

²⁴²¹ D. MAHERZI, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République rénové », art. cité, p. 457.

²⁴²² F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 537.

Et encore faudrait-il que le pouvoir législatif puisse effectivement constituer un frein. Or, cet « encadrement » est si marginal que l'avis parlementaire sert davantage de caution qu'il ne permet un véritable contrôle.

2. L'avis parlementaire comme caution

449. Le caractère public de la procédure présente l'intérêt de révéler les diverses fonctions non juridiques que peuvent revêtir les nominations : « se constituer une clientèle, [...] remercier ses plus proches collaborateurs²⁴²³ », « ménager ses opposants » en faisant montre d'ouverture²⁴²⁴, « préparer les prochaines élections en plaçant ses fidèles »²⁴²⁵, en s'assurant de futurs soutiens ou en tentant d'apaiser les dissensions internes au parti²⁴²⁶. Mais le dispositif est tel que les parlementaires y jouent, contre leur gré peut-être, une fonction de légitimation des choix présidentiels. Un tel contrôle est effectivement moins susceptible de limiter le pouvoir présidentiel que « de légitimer l'action du Président de la République en lui conférant une image de personnage irréprochable et en renforçant toutes ses décisions du sceau de l'impartialité²⁴²⁷ ».

450. Compte tenu du seuil requis pour émettre un veto, les commissaires seront rarement en mesure de s'opposer à une nomination²⁴²⁸. À tel point d'ailleurs que certains candidats, non sans hardiesse, se présentèrent à eux comme s'ils étaient déjà nommés, obligeant les parlementaires à leur rappeler que leur vote est une condition de la nomination. Le député WAUQUIEZ s'offusqua ainsi de ce que Nicolas DUFOURCQ, pressenti pour prendre la direction de la société anonyme BPI-Groupe, ait « déroulé [son] discours comme [s'il était] déjà directeur général ». Et le député d'ajouter qu'il était « extrêmement choqué du mépris

²⁴²³ Ce que confirme la nomination de M. LEMAS, secrétaire général de l'Élysée de François HOLLANDE entre 2012 et 2014, à la Caisse des dépôts par exemple (voir *infra*, p. 545).

²⁴²⁴ Tel est le sens donné par certains observateurs à la nomination de Jacques TOUBON aux fonctions de Défenseur des droits (voir *infra*, p. 551 et s.).

²⁴²⁵ Ces citations sont tirées de B. MONTAY, *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République (...)*, *op. cit.*, p. 118 (du PDF disponible en ligne) (nous avons inséré les notes).

²⁴²⁶ Voir l'intervention du député HUYGUE citée *infra* au sujet de la nomination de Mme HAZAN, proche de Martine AUBRY (Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°68, séance du 2 juillet 2014, p. 3).

²⁴²⁷ F. REYNES, *Le Quinquennat. Les nouveaux équilibres de la République présidentielle*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2013, p. 166.

²⁴²⁸ Un tel refus n'intervint qu'une fois et encore s'agissait-il d'une proposition émanant du président de l'Assemblée nationale (voir *infra* p. 551).

complet que [le candidat afficha] vis-à-vis des prérogatives du Parlement²⁴²⁹ ». Il est vrai, comme l'indiqua Laurent WAUQUIEZ, que les propos de M. DUFOURCQ dans une interview au magazine *Acteurs Publics* ne faisaient apparaître aucun doute sur sa nomination²⁴³⁰.

451. Aussi restreint soit-il, le contrôle confié aux commissaires confère à la personne nommée et à la décision présidentielle un surplus de légitimité. Tel président d'autorité administrative ne doit désormais plus sa nomination au seul bon vouloir d'un prince isolé mais peut à présent se targuer d'avoir, plus ou moins brillamment, résisté à son passage sous les fourches caudines de l'audition parlementaire. Ainsi le rapporteur MARC écrivit-il, au sujet de la proposition de loi organique *relative à la nomination des dirigeants de BPI-Groupe* :

Il est effectivement indispensable que le directeur général de la SA relève de la procédure d'avis public des commissions des finances. En effet, le titulaire de ce poste sera le véritable dirigeant opérationnel de la Banque publique d'investissement. Le *surcroît de légitimité* que lui apportera cette « confirmation » parlementaire sera de nature à le renforcer dans un rôle qui sera nécessairement délicat²⁴³¹.

Le président de la République, quant à lui, tient en même temps la preuve de ce que son choix était bien inspiré. En 2012, interviewant le Président HOLLANDE, le journaliste Laurent DELAHOUSSE releva les critiques adressées à la nomination à la tête de la Caisse des dépôts et consignations de Jean-Pierre JOUYET, ami notoire du chef de l'État. Le journaliste demanda au Président si une telle nomination pourrait être « remise en question ». François HOLLANDE répondit :

²⁴²⁹ Intervention de L. WAUQUIEZ, Assemblée nationale, commission des finances (C.R.), n°58, séance du 23 janvier 2013, notam. p. 9-10 : « Monsieur Dufourcq, connaissez-vous l'article 13 alinéa 5 de la Constitution ? Votre nomination ne peut intervenir qu'après notre vote. Vous êtes en place depuis novembre et, indépendamment du fait que vous êtes sûrement quelqu'un de très bien, votre audition n'a rien de celle d'un candidat. Vous nous présentez non pas un projet, mais un rapport d'activité. Depuis que vous êtes en poste, vous n'avez pas pris, dans votre expression, la moindre précaution de langage. Vous n'avez même pas pris la peine d'introduire dans vos propos la moindre condition, du type "si vous validez ma candidature..." Vous nous avez déroulé votre discours, comme si vous étiez déjà directeur général ! Vous avez même donné aujourd'hui une interview dans *Acteurs publics* en vous présentant comme le futur directeur général de la Banque publique d'investissement ! Nous n'avons sans doute pas tous la même vision de ce que sont les pouvoirs du Parlement [...]. Vous n'êtes pas encore directeur général, monsieur Dufourcq, et je suis extrêmement choqué du mépris complet que vous affichez vis-à-vis des prérogatives du Parlement ! »

²⁴³⁰ B. BOTELLA et L. FARGUES, « Nicolas Dufourcq : "La BPI n'aura pas de supercomité d'investissement" », *Acteurs publics*, en ligne le 22 janvier 2013 (<http://www.acteurspublics.com/2013/01/22/nicolas-dufourcq-la-bpi-n-aura-pas-de-supercomite-d-investissement>).

²⁴³¹ F. MARC, *Rapport n°189 (...), op. cit.*, p. 15 (nous soulignons).

Non, elle a été d'ailleurs, cette nomination, approuvée très largement au Parlement. Je souhaitais qu'il y ait cette phase, d'ailleurs prévue par les textes, et qu'il y ait cette consultation des deux commissions compétentes. Et il a été très largement, Jean-Pierre JOUYET, choisi pour exercer cette responsabilité²⁴³².

La tournure est remarquable à plusieurs égards. D'abord, pour justifier que cette décision ne puisse être discutée, le président de la République invoque la volonté des parlementaires. Aussi minimum soit ce contrôle, il permet à l'hôte de l'Élysée de s'abriter derrière cette validation, car le « Parlement » aurait tout à la fois « approuvé » et « choisi » « très largement » Jean-Pierre JOUYET. De plus, François HOLLANDE évoque le Parlement, alors même qu'une partie seulement de celui-ci (les commissions permanentes compétentes) s'est prononcée. Enfin, il présente cette consultation comme une volonté de sa part, même s'il rappelle que les textes prévoient cette procédure²⁴³³.

La mesure étudiée n'est ainsi pas dénuée d'effets institutionnels et politiques et, quoique le contrôle soit restreint à l'erreur manifeste de désignation²⁴³⁴, il concourt à entamer la position institutionnelle du Premier ministre, des ministres et même des parlementaires. La procédure étudiée pourrait conférer au chef de l'État un autre « ressort du parlementarisme » pour jouir de la « faculté de diriger la politique nationale »²⁴³⁵, car cette procédure contribue à légitimer, non les décisions du Gouvernement, mais celles du président de la République.

De surcroît, il se pourrait que ce contrôle politique dérobe ces actes à une part du contrôle du juge administratif.

B. Une procédure de nomination susceptible d'échapper au contrôle juridictionnel

Compte tenu de la jurisprudence administrative, deux voies s'offrent au juge. Il pourrait soit

²⁴³² Interview du 14 juillet 2012, disponible sur le site internet de l'Élysée.

²⁴³³ En l'occurrence « à l'Assemblée nationale, sur 41 votants et 34 suffrages exprimés, M. JOUYET a recueilli 33 avis favorables et 1 avis défavorable ; au Sénat, sur 28 votants et 23 suffrages exprimés, 20 avis favorables et 3 avis défavorables » (intervention de G. CARREZ, Président, Assemblée nationale, commission des finances (C.R.), n°6, séance du 11 juillet 2012, p. 1).

²⁴³⁴ Cette affirmation est démontrée *supra* p. 489 et s.

²⁴³⁵ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) », art. cité, p. 17 (du PDF disponible en ligne) : « si le Président jouit d'une telle faculté de diriger la politique nationale, c'est parce qu'il s'appuie sur les ressorts du parlementarisme ». L'idée d'une « captation présidentielle des ressorts parlementaires » est aussi développée par l'auteur *in* « Le Prince inapprivoisé (...) », art. cité, p. 121 et s.

estimer que les actes adoptés conformément à la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution sont des actes de gouvernement (1), soit au contraire se fonder sur la nouvelle procédure pour abandonner, sinon cette catégorie d'actes, au moins sa jurisprudence *Mme Ba* (2).

1. La possible extension du nombre d'actes de gouvernement

Comme cela a été démontré, l'avis émis par les parlementaires au titre du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution est une condition nécessaire à l'édition de l'acte de nomination ; sa méconnaissance entache d'incompétence l'acte du président de la République. Par leur avis conforme en effet, les parlementaires sont coauteurs de l'acte de nomination. Or, il est permis de se demander si cette procédure d'avis n'oblige pas à regarder les actes de nomination adoptés conformément à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution comme des actes de Gouvernement (a) ce qui réduirait le contrôle exercé sur eux par le juge administratif, sans l'exclure pour autant (b). En d'autres termes, la question se pose de savoir si, en créant un contrôle parlementaire restreint des nominations, le Constituant de 2008 ne les a pas en même temps, pour partie, soustraits au contrôle juridictionnel.

a. La reconnaissance de nouveaux actes de gouvernement : une solution possible mais opposée au sens de la réforme

452. Le juge administratif désigne les actes de gouvernement relatifs à l'ordre juridique interne comme ceux qui « se rattachent aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels²⁴³⁶ ». L'étude de la jurisprudence administrative autorise à définir ces actes comme ceux « pris par le président de la République ou par le Premier ministre, en rapport

²⁴³⁶ L'expression est régulièrement employée par le Conseil d'État. Par exemple, voir récemment CE, 12 février 2014, *M. A et autres* (inédit, req. n°373545) : la lettre du Premier ministre au président du Sénat relative à la répartition de l'aide publique, qui ne « se rattache pas aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels, est susceptible d'être déférée au juge administratif ». Voir aussi CE, 20 janvier 2014, *Krikorian* (inédit, req. n°372883) : « le fait, pour le Président de la République, de s'abstenir de soumettre un projet de loi constitutionnelle au Parlement, de même que la décision du Premier ministre s'abstenant de soumettre un tel projet au Président de la République touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe, par là-même, à la compétence de la juridiction administrative ».

avec les prérogatives présidentielles, gouvernementales ou primo-ministérielles définies par la Constitution, ou avec la procédure législative²⁴³⁷ ». En 1931, le professeur SMEND écrivait :

Les actes de gouvernement sont des actes des organes supérieurs de l'État bénéficiant d'une renonciation légale ou jurisprudentielle à un contrôle qu'impliquerait pleinement le règne de la loi, mais qui, en raison du caractère politique des autorités qui les ont accomplis, ainsi qu'en considération du contenu politique des dits actes, n'a pas lieu²⁴³⁸.

Une telle conception n'est guère éloignée de la définition proposée par le professeur JAN :

De l'analyse des décisions du Conseil d'État, il ressort que dès l'instant où les autorités exécutives, président de la République ou membres du gouvernement, exercent une compétence constitutionnelle qui les mettent directement ou non en rapport entre elles, ou au contact d'autres institutions, peuple, Parlement ou institution juridictionnelle, le juge administratif décline sa compétence pour apprécier la légalité des actes qui s'y rapportent²⁴³⁹.

Cette proposition est elle-même assez proche de la nouvelle dénomination défendue par le professeur CARPENTIER. Pour l'auteur, les actes de gouvernement pourraient être dits « actes constitutionnels institutionnels²⁴⁴⁰ ». En ce sens, il s'agirait d'actes constitutionnels, c'est-à-dire « d'actes pris par les organes constitutionnels dans l'exercice de leurs attributions constitutionnelles spécifiques²⁴⁴¹ », et d'actes institutionnels, c'est-à-dire d'actes ayant des

²⁴³⁷ P. BINCZAK, « Actes de Gouvernement », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2006, mis à jour en 2014, §20. Pour des définitions de l'acte de Gouvernement proches voir, par exemple, J.-F. LACHAUME, « Violation de la règle de droit », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2013, mis à jour en 2015, §40 et s. Cf. M. DE VILLIERS et Th. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, op. cit., p. 1340-1341 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis droit », 4^e éd., 2011, p. 119 ; J.-B. AUBY et F. MELLERAY, « Contentieux administratif », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. n°1001, 2008 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 950 et s. Voir aussi l'étude des actes de gouvernement français confrontés à la réforme espagnole de juillet 1998 proposée par F. MELLERAY : « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *RFDA*, 2001, p. 1088-1100.

²⁴³⁸ R. SMEND, *Rapport à l'Institut international de Droit public (Annuaire, 1931, p. 196)*, cité par P. DUEZ, *Les Actes de Gouvernement*, Sirey, 1935, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, p. 23.

²⁴³⁹ P. JAN, « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », art. cité, p. 24. L'auteur ajoute plus loin : « l'acte de gouvernement est celui qui découle directement de la mise en œuvre d'une compétence constitutionnelle » (p. 26). L'analyse est, en l'occurrence, conduite à propos de l'arrêt CE Sect., 25 septembre 1998, *M. Mégret*, dans lequel le Conseil d'État s'estime compétent pour connaître d'un décret par lequel le Premier ministre charge un parlementaire d'une mission administrative. Quant à la question des parlementaires en mission, voir *supra* p. 305 et s.

²⁴⁴⁰ L'auteur s'inspire des exemples étrangers. Voir son article, « L' "acte de Gouvernement" n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006, p. 661-677. Voir aussi É. CARPENTIER, « La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels. Principaux apports d'une étude comparée », *RIDC*, n°4, 2007, p. 805-832 et en particulier p. 815 et s. Cet article constitue une synthèse de la thèse de doctorat de l'auteur : *La Résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, op. cit.

²⁴⁴¹ É. CARPENTIER, « La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels », art. cité, p. 816. L'idée se trouve également in « L' "acte de Gouvernement" n'est pas insaisissable », art. cité.

destinataires ou une portée « essentiellement institutionnels²⁴⁴² ». Cela étant, le professeur distingue les actes institutionnels des actes ayant les individus pour destinataires, au nombre desquels figurent les nominations. Mais – le professeur CARPENTIER l’indique elle-même – l’application de cette typologie peut « s’avérer délicate²⁴⁴³ ».

Dans la mesure où les nominations adoptées suivant la procédure étudiée font intervenir les parlementaires dans la décision finale relevant de la signature présidentielle, le juge administratif pourrait être enclin à y voir de nouveaux actes de gouvernement ou « des actes constitutionnels institutionnels ». L’hypothèse est d’autant plus justifiée s’agissant des fonctions soumises à la procédure d’avis en vertu d’une disposition constitutionnelle²⁴⁴⁴ : elle fait écho à la jurisprudence *Mme Ba* dans laquelle le Conseil d’État s’est déclaré incompétent pour examiner la légalité de la décision par laquelle le président de la République nomme un membre du Conseil constitutionnel²⁴⁴⁵.

453. Si les définitions doctrinales énoncées à partir de l’étude de la jurisprudence conduisent à penser que les nominations adoptées en vertu de l’article 13 alinéa 5 de la Constitution pourraient être considérées par le juge comme des actes de gouvernement, l’hypothèse peut cependant être mise en doute. En effet, en 1959, le Conseil d’État eut à juger de la légalité d’un décret adopté sur avis conforme d’une commission permanente parlementaire. À cette occasion, il ne déclina nullement sa compétence : il n’y vit pas un acte de gouvernement²⁴⁴⁶. La décision semblait justifiée car, en l’occurrence, le Gouvernement n’agissait en vertu non d’une disposition constitutionnelle mais d’une loi d’habilitation en matière fiscale. Cette solution fut pourtant critiquée. René BOURDONCLE, dans sa note sous l’arrêt, écrivit sous forme de question rhétorique, visant implicitement les actes de gouvernement :

Dès lors qu’elle est appelée à émettre un avis conforme, la commission des finances de l’Assemblée nationale n’est-elle pas si étroitement associée au travail gouvernemental que le décret contesté entre nécessairement dans la catégorie des « actes relatifs aux rapports du

²⁴⁴² *Ibid.*, p. 817.

²⁴⁴³ *Loc. cit.*

²⁴⁴⁴ Pour ces dernières fonctions l’hypothèse fut suggérée par le professeur DELVOLVÉ in « L’apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 866.

²⁴⁴⁵ CE, 9 avril 1999, *Mme Ba*, *Rec.* p. 124.

²⁴⁴⁶ CE, 19 décembre 1958, *Sieur X*, *D.* 1959, I, p. 558.

gouvernement avec le Parlement » et est de ce fait insusceptible d'être discuté devant le Conseil d'État²⁴⁴⁷ ?

En dépit de cet arrêt isolé de 1959, il se pourrait, compte tenu du reste de la jurisprudence administrative relative aux « actes constitutionnels institutionnels », que le juge décide de décliner sa compétence s'agissant des actes de nomination adoptés en vertu de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution au motif que ces actes seraient des actes de gouvernement. Un contrôle politique, aussi restreint soit-il, se substituerait ainsi au contrôle juridictionnel²⁴⁴⁸ que le juge pourrait ne pas vouloir assumer pour des raisons elles-mêmes politiques. Comme l'indiquait déjà Paul DUEZ en 1935 :

Même depuis que la théorie du mobile politique est définitivement écartée, les solutions empiriques de la jurisprudence s'expliquent toutes par des raisons simplement tirées de l'ordre politique. [...] Seules des considérations de politique jurisprudentielle, spéciales à chaque partie de la matière, expliquent l'attitude du juge²⁴⁴⁹.

Et l'auteur ajoute que « trois directives » semblent commander l'action du juge en ce domaine :

1° Ou le juge veut éviter un conflit avec les Chambres ; 2° ou il craint par son examen contentieux de susciter au Gouvernement des difficultés internationales ; 3° ou enfin, il s'incline devant une tradition qui assure en fait au Gouvernement une très grande liberté en certaines matières²⁴⁵⁰.

En même temps que les actes présidentiels feraient l'objet d'un contrôle parlementaire restreint, ils seraient donc partiellement soustraits au contrôle du juge.

b. La reconnaissance de nouveaux actes de gouvernement : la subsistance d'un « crypto-contrôle »

454. Comme l'ont démontré certains auteurs, pour décliner sa compétence en matière d'actes de gouvernement, le juge administratif procède implicitement mais nécessairement à un

²⁴⁴⁷ R. BOURDONCLE, note sous *Sieur X, D.* 1959, I. p. 561.

²⁴⁴⁸ L'idée que l'absence de contrôle juridictionnel des actes de Gouvernement est due au contrôle politique qui pèse sur eux se trouve sous la plume de divers auteurs. En ce sens, par exemple, P. JAN, « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », art. cité, p. 24.

²⁴⁴⁹ P. DUEZ, *Les Actes de Gouvernement*, op. cit., p. 79.

²⁴⁵⁰ *Idem.*

certain nombre de vérifications. Le professeur BINCZAK montre par exemple que le Conseil d'État contrôle certains éléments de l'acte qui lui est soumis, dût-il ensuite se déclarer incompétent. Selon l'auteur, la légalité externe de l'acte serait examinée en tous ses éléments²⁴⁵¹ ; seul le contrôle de sa légalité interne serait plus tenu qu'un contrôle minimum classique²⁴⁵². Le caractère « confidentiel²⁴⁵³ » du contrôle des actes de gouvernement ne doit donc pas faire perdurer l'illusion de leur absolue immunité. En l'état actuel de la jurisprudence, à supposer que le Conseil d'État maintienne sa jurisprudence *Mme Ba* – relative aux nominations des membres du Conseil constitutionnel – ou l'étende à tous les actes adoptés en vertu de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, ceux-ci feront néanmoins l'objet du « crypto-contrôle²⁴⁵⁴ » présenté par le professeur BINCZAK. Ainsi, si le Conseil d'État voyait des actes de gouvernement dans les décrets et décisions de nomination du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, il pourrait néanmoins contrôler la compétence des auteurs, la forme de l'acte et la procédure suivie.

455. D'abord, le juge pourrait vérifier si une commission parlementaire permanente s'est bien prononcée, s'il s'agissait bien de la commission compétente en vertu de la loi ordinaire du 23 juillet 2010 ou encore si, compte tenu du quorum, la commission pouvait dûment voter²⁴⁵⁵. Ensuite, le juge pourrait s'assurer que le candidat a bien été auditionné, conformément à l'article 1^{er} de la loi ordinaire du 23 juillet 2010, et que le scrutin a effectivement fait l'objet du dépouillement simultané prescrit par l'article 6 de la même loi. La jurisprudence *Danthony* pourrait s'appliquer dans ce contexte. Si les commissions n'étaient pas saisies ou si une commission incompétente l'était, ceci aurait évidemment « une influence sur le sens de la décision prise » voire plus radicalement encore sur la compétence même du président de la République²⁴⁵⁶. Au-delà, il est permis de penser, compte tenu des

²⁴⁵¹ P. BINCZAK, « Actes de Gouvernement », art. cité : le juge vérifierait la compétence de l'auteur de l'acte (§40), la procédure et la forme de l'acte (§46). Dans le même sens, Ph. AZOUAOU, *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, op. cit., p. 626-628. Voir aussi X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, p. 1791-1823.

²⁴⁵² P. BINCZAK, « Actes de Gouvernement », art. cité, §48.

²⁴⁵³ *Ibid.*, §41.

²⁴⁵⁴ *Ibid.*, §50.

²⁴⁵⁵ Voir en ce sens également P. DELVOLVÉ, « L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 866.

²⁴⁵⁶ Telles sont effectivement les conclusions qu'il semble falloir tirer de la jurisprudence *Danthony* du 23 décembre 2011, préc : « Si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas

raisons ayant présidé à leur adoption, que l'ensemble des éléments de procédure établis pour l'application de l'article 13 alinéa 5 constituent des exigences dont la méconnaissance obligerait à prononcer l'illégalité de l'acte de nomination concerné par un tel vice.

456. À supposer donc que le Conseil d'État maintienne ou étende sa jurisprudence *Mme Ba*, il ne faudrait donc pas conclure que les actes de nomination adoptés en vertu du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution seraient exempts de tout contrôle juridictionnel. Mais il s'agirait d'un contrôle tenu autant que masqué. Cette solution s'opposerait à la recherche de publicité qui animaient les initiateurs de la réforme et contribuerait à réduire le contrôle des actes de nomination concernés par la procédure d'avis parlementaire. Une telle « extension de la catégorie des actes de gouvernement alors que les exigences de l' "État de droit" sont considérées comme devant la réduire, voire la supprimer [...], serait un paradoxe pour une réforme présentée comme devant le renforcer²⁴⁵⁷ ». De fait, le juge pourrait aussi se fonder sur le nouvel alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution pour revenir sur sa jurisprudence, soit de façon nuancée, soit de façon plus radicale.

2. Le possible abandon des actes de gouvernement

457. En matière d'actes de nomination, seuls ceux qui relèvent de l'exercice direct par le président de la République d'une disposition constitutionnelle, contresignée ou non, sont analysés par le Conseil d'État comme des actes de gouvernement, pourvu qu'ils se rattachent aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels. Il en va ainsi de la nomination du Premier ministre et des ministres, en vertu de l'arrêt *Hoffer* de septembre 2005²⁴⁵⁸, comme des nominations des membres du Conseil constitutionnel, en vertu de la jurisprudence *Mme Ba* de 1999²⁴⁵⁹. Or, les nominations des membres du Conseil constitutionnel sont désormais soumises à la procédure d'avis parlementaire étudiée. Le juge pourrait prendre acte de cette évolution pour abandonner sa jurisprudence passée, ce qui permettrait la contestation contentieuse des nominations des membres du Conseil constitutionnel comme de toutes les

d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la *compétence* de l'auteur de l'acte ».

²⁴⁵⁷ P. DELVOLVÉ, « L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 866.

²⁴⁵⁸ CE, 16 septembre 2005, *Hoffer*, *Rec. T.* p. 894.

²⁴⁵⁹ CE, 9 avril 1999, *Mme Ba*, préc.

nominations soumises à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Le juge s'enquerrait ainsi moins de l'objet de l'acte que de la finalité de la procédure qui règle sa production.

458. D'abord, le Conseil d'État pourrait saisir l'occasion d'un litige relatif à cette procédure pour faire application de la jurisprudence *Feler*²⁴⁶⁰ afin d'opérer une évolution nuancée de sa jurisprudence *Mme Ba*. La solution retenue dans l'arrêt *Feler* est effectivement susceptible d'être étendue à tous les actes de nomination adoptés après avis parlementaire. Dans cette affaire était attaqué le décret par lequel le président de la République avait organisé la consultation des électeurs de la Guadeloupe en vertu des articles 72-4 et 73 de la Constitution. Pour se prononcer, le Conseil d'État distingua deux niveaux de contrôle. Conformément à sa conception traditionnelle des actes de gouvernement, il considéra d'abord qu'il ne lui appartenait « pas d'apprécier l'opportunité de la décision du président de la République » en la matière. Mais la haute Assemblée ajouta immédiatement qu'il lui revenait en revanche « de vérifier que ce décret [n'était] pas entaché d'un vice pouvant affecter la régularité ou la sincérité de la consultation à venir ». En d'autres termes :

Si la décision même d'organiser la consultation, le choix de la date, le sujet et la définition du collège électoral ont bien trait aux rapports entre les pouvoirs, échappant ainsi au contentieux, toutes les questions qui gravitent autour de ces éléments, et qui sont en quelque sorte plus « accessoires », retrouvent le chemin du juge²⁴⁶¹.

Cet arrêt ne fait donc pas échec à la jurisprudence classique relative à l'acte de gouvernement mais consacre une nouvelle hypothèse d'acte détachable de l'acte de gouvernement²⁴⁶². Plus précisément, comme l'indique le professeur VERPEAUX, ce n'est pas tant l'acte attaqué qui est détachable d'un acte de gouvernement mais le contrôle à opérer²⁴⁶³. Ce contrôle détachable correspond à ce que le professeur BINCZAK propose d'appeler « la technique de l'élément réglé²⁴⁶⁴ ». Avec ce dernier, il est possible de convenir que, « de manière générale, la jurisprudence *Feler* pourrait donc s'appliquer à tout acte de gouvernement comportant un élément réglé. *A contrario*, elle épargnerait les seuls actes purement et totalement discrétionnaires²⁴⁶⁵ ».

²⁴⁶⁰ CE Sect., 4 décembre 2003, *Feler*, *Rec.* p. 491.

²⁴⁶¹ M. VERPEAUX, « Les consultations locales outre-mer, suite... et fin ? », *AJDA*, 2004, p. 596.

²⁴⁶² Cf. CE Sect., 25 septembre 1998, *M. Mégret* préc.

²⁴⁶³ M. VERPEAUX, « Les consultations locales outre-mer, suite... et fin ? », art. cité, p. 596.

²⁴⁶⁴ P. BINCZAK, « Actes de Gouvernement », art. cité, §53.

²⁴⁶⁵ *Loc. cit.*

459. Mais une évolution plus radicale est également envisageable, que n'avait pas pleinement écartée le commissaire SALAT-BAROUX dans ses conclusions en 1999. Concluant sur l'affaire *Mme Ba*, le commissaire du Gouvernement invita le Conseil d'État à ne pas écarter sa compétence et à effectuer un contrôle minimum de la décision de nomination²⁴⁶⁶. Il proposait à la haute juridiction de se laisser la possibilité d'assurer :

Le respect des textes concernant le Conseil constitutionnel et notamment de l'article 56 de la Constitution, en ce qui concerne l'impossibilité de procéder à une nouvelle nomination ou à mettre fin avant son terme au mandat d'un président du Conseil constitutionnel [...] [ainsi que le] respect des principes constitutionnels ou généraux du droit tels que ceux exigeant la nationalité française pour être membre d'une juridiction, de ne pas être privé de ses droits civils et politiques et, bien sûr le principe de l'indépendance des juridictions²⁴⁶⁷.

La haute Assemblée n'avait pas suivi le commissaire du Gouvernement. Peut-être reviendrait-elle sur cette décision désormais que ces nominations sont astreintes à une procédure d'avis conforme. Le juge administratif pourrait se déclarer compétent pour apprécier la légalité des actes de nomination adoptés conformément au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution – et ce même pour les nominations pourvues suivant cette procédure en vertu d'une disposition constitutionnelle –, mais il pourrait encore choisir d'opérer un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation voire même un contrôle normal. Certes, il paraît peu probable que le juge pousse son contrôle jusqu'à cette extrémité s'agissant des nominations soumises à la procédure d'avis en vertu de dispositions constitutionnelles. Mais il pourrait y incliner pour les autres nominations prononcées en vertu de la loi organique du 23 juillet 2010.

En l'état de la jurisprudence, il se pourrait donc que tous les actes adoptés en vertu du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution soient considérés par le juge administratif comme des actes de gouvernement. À supposer cependant que le juge choisisse une telle voie, cela ne signifierait pas pour autant qu'il se refuserait à faire respecter la procédure d'avis parlementaire. Cette solution s'opposerait cependant radicalement à l'objectif de la réforme. Le juge pourrait surtout prendre acte de l'existence d'une telle procédure et des finalités qu'elle poursuit pour abandonner la jurisprudence *Mme Ba* et réduire encore le nombre d'actes de gouvernement. Au lieu d'un contrôle confidentiel, il effectuerait un contrôle aussi

²⁴⁶⁶ Voir le récit que l'auteur nous a livré au sujet de cette décision, p. 599 et s.

²⁴⁶⁷ F. SALAT-BAROUX, « Persistance des actes de gouvernement (la désignation des membres du Conseil constitutionnel) » (concl. contraires), *RFDA*, 1999, p. 576.

transparent que le reste de la procédure et pourrait même aller jusqu'à opérer un contrôle restreint à l'erreur manifeste voire même un contrôle normal.

460. Au total, contrairement à l'objectif annoncé depuis le rapport du comité BALLADUR jusqu'aux débats dans les hémicycles, la réforme n'encadre pas véritablement les nominations présidentielles et elle pourrait même conduire à une régression de leur contrôle juridictionnel. Cependant, si l'objectif des acteurs du processus constituant peine à être atteint, il semble que, en ce domaine du moins, celui que visait le Président SARKOZY ait pu se réaliser. Si sa volonté était bien de « “rationaliser” le présidentielisme français dans un triple mouvement de clarification, de consolidation et, à titre compensatoire, de (très relative) limitation de l'institution présidentielle²⁴⁶⁸ », alors la réforme de l'article 13 de la Constitution satisfait globalement l'objectif du Président d'alors. La compétence de nomination du président de la République ne fut pas clarifiée, mais la réforme favorisa la consolidation de l'institution présidentielle et sa très relative limitation. La révision de l'article 13 de la Constitution charrie donc un ensemble de présupposés qui bousculent l'équilibre institutionnel au lieu de véritablement contribuer à sa reconfiguration réfléchie.

Après avoir analysé les conséquences institutionnelles et juridictionnelles de la procédure étudiée, il est nécessaire d'examiner ses conséquences sur les personnes nommées et les institutions dont elles relèvent. Le regain de légitimité dont elles pourraient bénéficier n'est nullement fondé sur un surcroît de mérite ou un progrès quant aux garanties d'indépendance. Là encore, le dispositif semble marqué du sceau de l'ambiguïté et se caractérise par son inefficacité.

SECTION 2. UN CONTRÔLE AUX EFFETS AMBIGUS SUR LES BÉNÉFICIAIRES DES NOMINATIONS

En 2010, lors des travaux de la commission des lois au Sénat, Henri DE RAINCOURT, alors ministre chargé des relations avec le Parlement, justifia la liste d'emplois présentée aux

²⁴⁶⁸ A. LE DIVELLEC, « Présidence de la République et réforme constitutionnelle. L'impossible “rationalisation” du présidentielisme français », in *Politiques publiques* 3, Presses de Sciences Po, 2012, p. 101.

parlementaires en affirmant que le Gouvernement avait « pris le parti de ne pas inclure dans la liste des emplois et fonctions pour lesquels existe *déjà* un dispositif spécifique de nomination garantissant la compétence et l'indépendance des candidats²⁴⁶⁹ ». Pourtant, dans son rapport au président de la République, le comité BALLADUR ne présentait nullement le dispositif instauré au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution comme un moyen de garantir ou d'améliorer l'indépendance des institutions visées et de leurs membres. La première – et quasi exclusive – finalité avancée consistait à créer une procédure capable d'aboutir à la sélection d'un candidat compétent, à défaut de permettre la sélection du plus compétent²⁴⁷⁰. Cet objectif fut semble-t-il partagé par le Gouvernement et la majorité (§1). En revanche, l'indépendance implicitement recherchée, à en croire le ministre DE RAINCOURT, demeure un impensé de la réforme et exige, à ce titre, une attention particulière (§2).

§1. Une procédure ne garantissant pas la compétence des nominataires

Admettre, comme l'espérait le comité BALLADUR, que la procédure d'avis parlementaire ait vocation à permettre aux commissaires de « vérifier les compétences²⁴⁷¹ » du candidat présuppose, d'une part, que les parlementaires puissent effectivement opérer un tel contrôle (A) et, d'autre part, que les emplois ou fonctions en cause requièrent des compétences légalement exigées (B).

A. La « vérification des compétences » des candidats : une ambition en quête de sens

461. À l'évidence, le premier présupposé de la réforme est la nécessité pour les candidats d'être qualifiés²⁴⁷² pour intégrer la fonction à laquelle ils prétendent. Pauline TÜRK écrit en

²⁴⁶⁹ P. GÉLARD, *Rapport n°141 (...)*, *op. cit.*, p. 17.

²⁴⁷⁰ « [Le dispositif] permettrait au président de la République [...] de soumettre à l'appréciation des parlementaires une candidature, afin de leur permettre de *vérifier les compétences* de l'intéressé » (COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16).

²⁴⁷¹ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 16.

²⁴⁷² Il semble que la « compétence » des candidats, au sens du rapport BALLADUR, vise le fait pour une personne d'avoir « une connaissance approfondie d'une matière lui conférant la capacité d'en bien juger » (*TLFi-lex. préc.*, entrée « Compétence »).

ce sens que lors de leur audition « les candidats doivent démontrer leur compétence²⁴⁷³ » et elle ajoute que :

Le contrôle instauré constitue incontestablement un progrès : il engendre tout au moins un phénomène d'autocensure, évitant la candidature de personnalités dont le manque de crédibilité ou de compétence risquerait de transparaître devant les spécialistes de la commission compétente²⁴⁷⁴.

Bien que le dispositif qu'il proposait fût effectivement instauré pour « vérifier les compétences de l'intéressé », le comité BALLADUR imagina seulement la création d'un avis parlementaire simple n'ôtant nullement au président de la République son supposé pouvoir de désignation. Dans ce cas, même si les parlementaires avaient dû conclure à l'inaptitude du candidat, ils n'auraient nullement pu s'y opposer. Il semble donc que, au sens du rapport BALLADUR, « vérifier les compétences » consistait en réalité à en « reconnaître par l'examen la véracité²⁴⁷⁵ » ; il se serait alors agi d'un entérinement parlementaire de choix qui sont réputés présidentiels. Le comité semblait donc animé du double présupposé selon lequel le président de la République non seulement choisit, mais encore choisit bien. Car, si le comité avait vraiment dû envisager que la compétence recherchée puisse faire défaut, il serait difficile d'expliquer qu'il n'ait pas songé en même temps à donner aux parlementaires les moyens de faire échec à la proposition. Peut-être cependant les membres du comité BALLADUR pensèrent-ils qu'un avis défavorable, fût-il dépourvu d'effets juridiquement organisés, pouvait conduire le président de la République à revenir sur sa décision.

À l'opposé, la procédure finalement adoptée paraît présupposer la possibilité de choix présidentiels erronés : le président de la République pourrait mal faire en choisissant un candidat incompétent. Or, outre les emplois constitutionnellement visés, tous les emplois concernés par la procédure ont une « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation ». Cela semble expliquer que la forme d'avis retenu par le Constituant de 2008 soit un avis conforme, quoique les commissaires ne soient vraisemblablement amenés à sanctionner qu'une incompétence manifeste, intolérable même pour la majorité. En l'occurrence, « vérifier les compétences » de la personne pressentie

²⁴⁷³ P. TÜRK, *Le Contrôle parlementaire en France*, LGDJ-Lextenso, coll. « Systèmes droit », 2011, p. 231.

²⁴⁷⁴ *Loc. cit.*

²⁴⁷⁵ Telle est l'une des définitions du verbe « vérifier » (*TLFi-lex. préc.*, entrée « Vérifier »).

semble exiger de la « soumettre à un examen²⁴⁷⁶ » ; la qualité des nominations n'est pas admise d'office mais est bien susceptible d'être infirmée.

462. Pour opérer la vérification des compétences des intéressés, les parlementaires doivent non seulement être en mesure d'identifier quelles sont les compétences attendues, mais encore être à même d'apprécier si le candidat les réunit²⁴⁷⁷. Chaque audition est l'occasion pour les aspirants de se présenter en soulignant les compétences qu'ils peuvent mettre au service de leur future fonction²⁴⁷⁸. Les retranscriptions de ces échanges révèlent que les commissaires tentent effectivement de soumettre le candidat à un certain nombre de questions portant sur la conception qu'il a de l'organisme dont il prétend être demain en charge²⁴⁷⁹, sur les projets qu'il porte²⁴⁸⁰, etc. Cependant, dans plusieurs cas, avant même la fin de l'audition et parfois même avant d'avoir interrogé le candidat, les commissaires annoncèrent qu'ils voteraient pour, contre ou s'abstiendraient²⁴⁸¹. Une telle démarche semble nier l'objet même de l'audition et témoigner d'un préjugement sur la candidature ; dans ce cas la qualité du candidat est d'emblée reléguée à une question secondaire que les clivages partisans empêcheraient de surmonter.

²⁴⁷⁶ Telle est une autre des définitions du verbe « vérifier » (*TLFi-lex. préc.*, entrée « Vérifier »).

²⁴⁷⁷ Rappelons d'ailleurs que certains emplois ou fonctions ont été soustraits à la procédure au motif qu'il s'agissait de nominations octroyées de droit au titulaire d'un poste déjà concerné par la procédure. Ce choix semble incliner à penser que le candidat est évalué *in abstracto* sans égard particulier pour l'emploi auquel il prétend (voir *supra* p. 476).

²⁴⁷⁸ Par exemple, auditionné pour présider le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), Olivier SCHRAMECK commença son intervention par cette phrase : « Je souhaite dans un premier temps me présenter à vous, ce qui me conduira à vous dire pourquoi je crois pouvoir répondre aux exigences de cette responsabilité. Puis, je vous dirai comment je perçois certains enjeux auxquels le Conseil supérieur de l'audiovisuel et donc son président devront répondre » (Assemblée nationale, commission des affaires culturelles (C.R.), n°22, séance du 23 janvier 2013, p. 3).

²⁴⁷⁹ Le député LAMOUR interrogea en ces termes Mme PALLEZ proposée à la présidence de la Française des jeux : « Trois secteurs des paris en ligne ont été ouverts à la concurrence. Si les paris hippiques et les paris sportifs se maintiennent, le poker en ligne s'est effondré, alors que l'on en avait fait l'étendard de l'ouverture et de la régulation. Quelle analyse faites-vous de cette situation, madame, et quels objectifs vous fixez-vous à ce sujet ? » (Assemblée nationale, commission des finances (C.R.), n°12, séance du 22 octobre 2014, p. 7).

²⁴⁸⁰ L'intervention précitée du député Jean-François LAMOUR en est un exemple. Voir aussi l'audition, au Sénat, de Stéphane SAINT-ANDRÉ, candidat au poste de président du conseil d'administration de Voies navigables de France (VNF). Le sénateur Raymond VALL a clos la séance en ces termes : « Je constate que vous connaissez parfaitement les dossiers, et manifestez le souci de développer l'usage de nos voies navigables, dans l'intérêt commun, et en accroissant le recours aux énergies renouvelables »

(Accessible en ligne : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20140526/devdur.html#toc3>).

²⁴⁸¹ Par exemple, au nom du groupe écologiste, le député Denis BAUPIN annonça d'emblée, avant le terme de l'audition et avant d'avoir lui-même interrogé le candidat, que son groupe n'émettra « pas un vote favorable » à la nomination proposée du président de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) (voir Assemblée nationale, commission des affaires économiques (C.R.), n°20, séance du 6 novembre 2012, p. 5-6).

Cf. la position du même groupe politique au sujet de la nomination d'Alain FUCHS proposé aux fonctions de président du CNRS (voir notam. l'intervention du député ATTARD, Assemblée nationale, commission des affaires culturelles (C.R.), n°26, séance du 19 février 2014, p. 11).

463. Certaines auditions ont pu trahir de façon manifeste, s'agissant de l'évaluation des aptitudes des candidats, les limites que recèle la procédure d'avis parlementaire sous la Cinquième République. Rappelons, par exemple, que Pierre-René LEMAS, ancien secrétaire général de l'Élysée, fut auditionné pour remplacer Jean-Pierre JOUYET à la Caisse des dépôts et consignations, tandis que ce dernier venait d'être nommé aux fonctions qu'occupait P.-R. LEMAS. Claude GOASGUEN, auditionnant le candidat à la direction générale de la Caisse des dépôts, s'adressa à lui en ces termes :

Nous avons été très surpris de la manière dont votre nomination a été annoncée – *même si vos compétences ne sont pas en cause*. Il a en effet suffi d'une journée pour que l'ancien directeur devienne secrétaire général de l'Élysée à votre place, tandis que vous étiez nommé à la sienne. [...] Tout cela s'est produit dans l'alcôve de la présidence de la République²⁴⁸².

Et d'ajouter :

C'est pourquoi je souhaite poser les questions que l'on pourrait poser dans une commission parlementaire américaine. Avez-vous l'intention de garantir la complète indépendance de la Caisse par rapport à l'État ? Quelles sont vos appartenances politiques ? Il faut prendre cette habitude : il revient à la commission des finances de poser ce genre de questions désagréables. Je connais la thèse de la neutralité du service public, mais j'ai suffisamment enseigné le droit pour savoir que celle-ci relève de la légende²⁴⁸³.

Cette « question désagréable » fut, au reste, immédiatement blâmée par l'un de ses collègues selon lequel ces « propos [étaient] déplacés²⁴⁸⁴ ». Cet exemple impose plusieurs remarques. D'abord, le député GOASGUEN critiqua la forme prise par ce qu'il appelle l'annonce de la nomination. Ce détail de vocabulaire fait apparaître que, avant même l'audition, la nomination semblait acquise au commissaire. Ensuite, il est surprenant que le député ait précisé qu'il ne doutait nullement des compétences de l'intéressé. Tout semble en l'espèce se passer comme si ses qualités étaient présumées. Il est vrai que les personnes proposées sont rarement inconnues des députés et sénateurs. Il est vrai aussi qu'il s'agit souvent de hauts fonctionnaires dont les carrières sont notoires et les expériences indéniables. Mais la présupposition *in abstracto* de la compétence des impétrants ne paraît pas conforme à l'objectif de la procédure qui inviterait plutôt à vérifier *in concreto* l'adéquation entre les compétences du candidat et l'emploi ou la fonction auxquels il aspire. Troisièmement,

²⁴⁸² Assemblée nationale, commission des finances (C.R.), n°73, séance du 14 mai 2014, p. 13 (nous soulignons).

²⁴⁸³ *Loc. cit.*

²⁴⁸⁴ Intervention du député GAGNAIRE, *loc. cit.*

l'intervention du député illustre à nouveau la tension non résolue entre la neutralité du service public et la validation politique d'un choix lui-même supposé politique²⁴⁸⁵. Enfin, le député convoque, une fois encore, l'exemple des États-Unis d'Amérique comme un modèle. Or, si l'*appointment process* américain semble pousser à son paroxysme l'exigence de transparence²⁴⁸⁶, l'évaluation de l'expertise, des qualités et mérites des personnes qui se présentent aux sénateurs est réputée être une des limites majeures de la procédure américaine. Bien des auteurs américains critiquent le *confirmation mess*²⁴⁸⁷, tenants nostalgiques de la conception de Thomas JEFFERSON dont la lettre à Archibald STUART est souvent citée : « Il n'y a rien qui me préoccupe tant que de bonnes nominations, conscient que le mérite aussi bien que la réputation d'une administration dépendent autant des nominations que des mesures qu'elle prend²⁴⁸⁸ ». Néanmoins, la phrase est souvent sortie de son contexte, ce qui occulte l'importance politique des nominations pour le troisième président des États-Unis. Dans cette lettre, JEFFERSON prépare son arrivée à Washington et ses premières nominations. Se plaignant de ce que ADAMS, son prédécesseur, aurait nommé des juges jusqu'aux dernières heures de son activité – et même au-delà selon l'auteur de la lettre²⁴⁸⁹ –, il entend procéder au plus vite à des changements dans les cours. Il demande à STUART de le renseigner sur des candidats éventuels et énonce en ces termes ses critères de sélection : « qu'ils soient aussi respectables et inattaquables que possible et surtout qu'ils soient républicains²⁴⁹⁰ ». Même aux États-Unis, si souvent pris en exemple par les parlementaires français, il existe en matière de nomination une tension qui paraît irréductible entre recherche des mérites et garanties d'allégeance.

L'évaluation des compétences du candidat pour le poste considéré ne paraît donc pas être le premier des objectifs guidant la procédure suivie par les parlementaires. L'audition, retenue

²⁴⁸⁵ L'intervention du député pose très justement la question de l'indépendance. Cette question cruciale fait l'objet d'une étude spécifique (voir *infra*, p. 553 et s.).

²⁴⁸⁶ Voir *supra*, p. 504 et s.

²⁴⁸⁷ Voir en particulier S. L. CARTER, *The Confirmation mess : cleaning up the federal appointments process*, Basic Books, 1994, 252 p.

²⁴⁸⁸ Notre trad. pour : « There is nothing I am so anxious about as good nominations, conscious that the merit as well as reputation of an administration depends as much on that as on its measures » (Lettre à Archibald STUART (1801), *The Writings of Thomas Jefferson*, Memorial Edition, Lipscomb and Bergh editors, vol. 10, 1903-1904, p. 257 [disponible en ligne : <http://www.constitution.org/tj/jeff10.txt>]). Pour une étude en langue française des nominations des juges à la Cour suprême, voir G. TUSSEAU, « Façonner le "gardien de la conscience" », *Pouvoirs*, n°150, 2014, p. 53-68.

²⁴⁸⁹ Lettre préc., *op. cit.*, p. 256.

²⁴⁹⁰ Notre trad. pour : « let them be the most respectable and unexceptionable possible, and especially let them be republicans » (*idem*). Notons que, à ce moment de l'Histoire américaine, le parti « républicain » s'opposait au parti « fédéraliste ».

de justesse dans la loi ordinaire de concrétisation de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, pourrait être un moyen efficace de discuter des qualifications des personnes proposées, mais un certain nombre de présupposés doivent encore être mis au jour et être assumés pour que les auditions prennent l'ampleur à laquelle elles pourraient prétendre. Cependant, si la méthode d'évaluation des compétences des candidats est un des points d'achoppement majeur du dispositif, cela est aussi largement lié au fait que, pour la plupart des emplois ou fonctions concernés par l'avis des commissaires, aucune compétence n'est requise.

B. La « vérification des compétences » des candidats : une ambition en quête de référence

464. L'évaluation des mérites semble difficilement pouvoir s'accorder avec des procédures de sélection politique des personnes nommés. Comme l'écrit J.-F. KESLER, « le choix des fonctionnaires sur une base politique signifie la primauté de l'idéologie sur la compétence²⁴⁹¹ ». Néanmoins, des pratiques ayant cours dans d'autres États peuvent fournir des modèles intéressants pour interroger le dispositif français. En Belgique par exemple, le SELOR (« Bureau de sélection fédéral ») est chargé de voter pour les candidats aux postes fédéraux inférieurs ; le ministre étant, par convention, généralement contraint de confirmer le choix. Pour les fonctions aux postes les plus élevés (président du Comité de direction, directeur général et directeur), le SELOR établit une présélection fondée sur le mérite, laissant au ministre le choix final. Une sélection non partisane, fondée sur les aptitudes des candidats et sur l'adéquation entre le profil et le poste, précède donc le choix politique laissé au ministre²⁴⁹². Des expériences analogues ont par ailleurs été conduites au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas²⁴⁹³. Mais de telles procédures de sélection exigent que des compétences soient

²⁴⁹¹ J.-F. KESLER, « Les systèmes de sélection et de formation des hauts fonctionnaires » (I), art. cité, p. 438.

²⁴⁹² Cet exemple est détaillé in A. MATHESON *et alii*, *Étude sur la participation politique aux décisions relatives à la nomination des hauts fonctionnaires et sur la délimitation des responsabilités entre ministres et hauts fonctionnaires*, Éditions OCDE, 2007, p. 54-55. Voir aussi, au sujet des modes de recrutements en Belgique, A. STENMANS, « Pratiques de politisation des administrations publiques », *Pyramides*, n°3, numéro spécial : La politisation de l'administration, 2001, p. 31-54. Le lecteur trouvera également un grand nombre de renseignements à ce sujet in M. GÖRANSSON, « La responsabilisation des hauts fonctionnaires aux différents niveaux de pouvoir », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°2056-2057, 2010, p. 7-83.

²⁴⁹³ Ces exemples sont cités in C. DE VISSCHER, « Autorités politiques et haute administration : une dichotomie repensée par la NGP ? », *Revue internationale de politique comparée*, n°11, 2004, p. 205-224. Voir aussi A. HONDEGHEM *et alii*, « Modèles de gestion des compétences en Europe », *RF adm. pub.*, n°116, p. 561-576.

effectivement requises. Or, le vœu qu'émirent les députés DOSIÈRE et VANESTE dans leur rapport sur les autorités administratives indépendantes ne fut guère entendu :

Les rapporteurs attirent l'attention sur l'importance du choix des personnes appelées à présider les collèges, au premier rang desquelles le président. La notoriété, l'influence et *in fine* l'autorité même de l'institution en dépendent. Il est souhaitable que des dispositions de nature législative établissent précisément les caractéristiques professionnelles des personnes appelées à présider ou à siéger dans les collèges, même si sont également à prendre en compte des considérations comme le prestige personnel, l'autorité naturelle ou le charisme, dans des domaines où la communication est primordiale²⁴⁹⁴.

465. Quinze présidents d'autorités administratives indépendantes sont visés par le dispositif de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution en vertu de la loi organique du 23 juillet 2010 : le président de l'AERES (devenu le Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES)²⁴⁹⁵), celui de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores et aéroportuaires (ACNUSA), de l'Autorité des marchés financiers (AMF), de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)²⁴⁹⁶, de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), de la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC), de la Commission nationale du débat public (CNDP), du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), le président de la Haute autorité de santé (HAS) et de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).

Parmi eux, huit doivent remplir des conditions de compétence tenant au domaine d'activité de l'autorité qu'ils dirigent. Ainsi, le président de la HAS est nommé parmi les membres du collège, eux-mêmes « choisis en raison de leur qualification et de leur expérience dans les domaines de compétence de la Haute autorité de santé²⁴⁹⁷ ». Pareillement, le collège de l'ASN

²⁴⁹⁴ R. DOSIÈRE et C. VANESTE, *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Assemblée nationale, n°2925, t. 1, 2010, p. 96.

²⁴⁹⁵ Le HCERES a été créé par la loi n°2013-660 du 22 juillet 2013 *relative à l'enseignement supérieur et à la recherche* et a remplacé l'AERES à compter du 17 novembre 2014. La loi organique du 23 juillet 2010 fait néanmoins toujours mention de l'AERES.

²⁴⁹⁶ Art. L. 130 du Code des postes et des communications électroniques tel que modifié par l'article 17 de la loi n°2007-309 du 5 mars 2007 *relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*.

²⁴⁹⁷ Art. L. 161-42 du Code de la sécurité sociale.

comprend cinq membres nommés « en raison de leur compétence dans les domaines de la sûreté nucléaire et de la radioprotection²⁴⁹⁸ ». Trois d'entre eux, dont le président de l'Autorité, sont nommés par le président de la République. Il en va de même pour la désignation du président de l'autorité de la concurrence²⁴⁹⁹, du président de la CRE²⁵⁰⁰, de celui de l'ARCEP²⁵⁰¹, de l'ACNUSA²⁵⁰², de l'ARAF²⁵⁰³ ou du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Pour ce dernier cependant, l'exigence est bien plus vague : le contrôleur est choisi « en raison de ses compétences et connaissances professionnelles²⁵⁰⁴ ».

466. À l'opposé, pour sept des autorités administratives indépendantes visées dans la loi organique du 23 juillet 2010, aucune compétence n'est requise. Par exemple, le président du conseil d'administration du HCERES est désigné parmi les trente membres qui forment le conseil²⁵⁰⁵ et dont les qualifications attendues sont variables. Si dix-sept membres doivent avoir « la qualité de chercheur, d'ingénieur ou d'enseignant-chercheur » et si neuf sont des « personnalités qualifiées, françaises et étrangères, dont au moins trois issues du secteur de la recherche privée et trois appartenant à des agences d'accréditation ou d'évaluation étrangères », deux membres représentent les étudiants tandis que siègent également « un député et un sénateur désignés par la commission permanente compétente en matière d'enseignement supérieur et de recherche de chaque assemblée²⁵⁰⁶ ». Cependant, aucune règle n'oblige l'autorité de nomination à choisir pour président un des dix-sept chercheurs, ingénieurs ou enseignants-chercheurs²⁵⁰⁷. D'autres exemples sont plus flagrants encore. Le

²⁴⁹⁸ Art. L. 592-2 du Code de l'environnement.

²⁴⁹⁹ « Nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique » (art. L. 461-1 du Code de commerce).

²⁵⁰⁰ Nommé, comme les autres membres du collège, « en raison de [ses] qualifications juridiques, économiques et techniques » (art. L. 132-2 du Code de l'énergie).

²⁵⁰¹ Nommé en raison de sa « qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes et de l'économie des territoires » (art. L. 130 du Code des postes et des communications électroniques).

²⁵⁰² Choisi parmi les membres qui, tous, sont « nommés en raison de leur compétence dans les domaines économique, juridique ou technique ou de leur connaissance en matière d'environnement, de santé humaine ou de transport aérien » (art. L. 6361-1 du Code des transports).

²⁵⁰³ « L'Autorité de régulation des activités ferroviaires est composée de sept membres [*dont le président*] nommés en raison de leur compétence en matière ferroviaire, économique ou juridique, ou pour leur expertise en matière de concurrence » (art. L. 2132-1 du Code préc.).

²⁵⁰⁴ Art. 2 de la loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007 *instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté*.

²⁵⁰⁵ Art. L. 114-3-3 du Code de la recherche.

²⁵⁰⁶ *Idem*. Les modalités précises de désignation des membres sont établies par le décret n°2014-1365 du 14 novembre 2014 *relatif à l'organisation et au fonctionnement du HCERES*.

²⁵⁰⁷ Il serait d'ailleurs cocasse que le président de la République nomme l'un des deux parlementaires. Rappelons que, jusqu'à la loi organique n°2013-906 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*, le mandat de député n'était pas incompatible avec l'exercice de fonctions au sein d'une autorité administrative indépendante et même avec la présidence d'une autorité administrative indépendante. Ainsi, jusqu'à l'entrée en

choix du président du collège de l'AMF²⁵⁰⁸, de celui du CCNE²⁵⁰⁹, du président de la CSC²⁵¹⁰, du président du CSA²⁵¹¹, du président de la CNDP²⁵¹² et de celui de la HATVP²⁵¹³ ne doit répondre à absolument aucune exigence de compétence.

De surcroît, même lorsque des compétences sont effectivement requises, les dispositions en cause n'établissent pas « précisément les caractéristiques professionnelles des personnes appelées à présider ou à siéger dans les collèges²⁵¹⁴ ». En effet, si les compétences portent sur le domaine d'action de l'autorité concernée, aucune norme n'exige expressément la capacité du candidat à encadrer des équipes, à gérer un budget, à diriger une structure administrative dont l'envergure, tant d'un point de vue humain que financier, est parfois extrêmement importante. Un organisme comme l'AMF, par exemple, compte environ 450 collaborateurs et dégage un produit d'exploitation de plus de 85 millions d'euros²⁵¹⁵.

467. Outre les présidents des autorités administratives indépendantes mentionnés dans la loi organique du 23 juillet 2010, le même défaut d'exigence de qualification peut être souligné s'agissant des présidents ou membres de certains autres organismes concernés par la procédure du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution. Le cas du Conseil constitutionnel est sans doute l'exemple topique qui permet de mesurer les enjeux d'une telle exigence de compétence. Comme cela est régulièrement rappelé, et parfois blâmé, le choix des membres du Conseil constitutionnel peut être absolument délié de toute exigence d'expérience et/ou de compétence juridique²⁵¹⁶. La même difficulté s'élève pour certains établissements publics concernés par la procédure : les personnes choisies ne doivent pas

vigueur complète de l'article LO 145 du Code électoral, il était permis au président de la République de désigner un parlementaire à la présidence d'une autorité administrative indépendante. Cette possibilité lui est toujours ouverte mais le parlementaire en cause devra se soumettre aux règles d'incompatibilité (sur ces questions, voir *supra* p. 302 et s.).

²⁵⁰⁸ Art. L. 621-2 du Code monétaire et financier.

²⁵⁰⁹ Art. L. 1412-2 du Code de la santé publique.

²⁵¹⁰ Art. L. 224-1 du Code de la consommation.

²⁵¹¹ Art. 4 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* dans sa version résultant de la loi n°2013-1028 du 15 novembre 2013 *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*.

²⁵¹² Art. L. 121-3 du Code de l'environnement.

²⁵¹³ Art. 19 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*.

²⁵¹⁴ R. DOSIÈRE et C. VANESTE, *Rapport n°2925 (...)*, t. 1, *op. cit.* p. 96.

²⁵¹⁵ Voir le rapport d'activité 2013 de l'AMF :

http://www.amf-france.org/technique/multimedia?docId=workspace://SpacesStore/880ac418-1ac8-413e-b6b9-f80249a557fb_fr_1.0_rendition.

²⁵¹⁶ D. SCHNAPPER écrit ainsi : « Quels que soient les discours, les nominations justifiées par le seul argument de la compétence sont rares. » (D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 212 ; pour le récit de sa propre nomination, voir *ibid.*, p. 213 et s.). Pour une critique des modes de nomination des conseillers constitutionnels et des éléments de droit comparé, voir M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 278 *sq.* et p. 580 *sq.* Voir également les références citées *supra*, p. 445 et s.

nécessairement l'être à raison de leur qualification professionnelle. Ainsi, par exemple, le directeur général de l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA) est nommé sans autre condition que la proposition du président du conseil d'administration²⁵¹⁷, lui-même nommé par décret parmi les parlementaires ou personnalités qualifiées siégeant au conseil d'administration, également nommés par décret.

468. Dans ces conditions, il est permis de douter de l'effectivité du dispositif visant à opérer un contrôle des compétences des candidats. Dans bien des cas, nulle qualification n'étant requise, il est difficile de concevoir comment et sur quels critères objectifs les parlementaires pourraient procéder à la vérification annoncée. Certes, les commissaires confrontent parfois le candidat à des questions d'actualité, l'interrogent sur l'avenir de la structure qu'il dirigera, s'enquière de ses positions sur des sujets parfois très précis. Mais rares sont les référentiels objectifs susceptibles de fonder l'évaluation à laquelle ils tentent de procéder. En conséquence, un avis non défavorable au candidat ne gage pas forcément de la qualité du nominataire. Et réciproquement : le rejet d'une candidature ne s'autorise pas forcément du constat d'une incompétence manifeste. Le veto opposé à la désignation du professeur HOURQUEBIE²⁵¹⁸, proposé par le président de l'Assemblée nationale pour siéger au Conseil supérieur de la magistrature, ne fut pas fondé sur le constat d'une incompétence dont les parlementaires peineraient à apporter la preuve. Le professeur n'eut à répondre qu'aux questions de cinq députés et il semble que ce soit sa conception du « pouvoir judiciaire » comme « contre-pouvoir »²⁵¹⁹ qui ait suscité la réserve expliquant l'avis négatif émis²⁵²⁰. Ce n'est donc pas sa compétence que jugèrent les commissaires présents mais sa vision de la justice et du rôle de celle-ci en démocratie. Bien souvent en effet, les débats articulent évaluations techniques et considérations idéelles sinon partisans. Faute de critères d'évaluation des candidatures pour guider les auditions et les parlementaires n'étant pas toujours en mesure d'opérer un contrôle des compétences des intéressés, le caractère parfois éminemment politique de la procédure se manifeste avec force. Son parcours, ses prises de position passées, ses fonctions antérieures, ses amitiés anciennes ou présentes sont passés au crible et servent l'appréciation que les commissaires portent sur le candidat. Les nominations

²⁵¹⁷ Art. R. 542-12 du Code de l'environnement.

²⁵¹⁸ Jusqu'à présent, il s'agit de la seule occurrence d'un refus exprimé dans le cadre de la procédure étudiée.

²⁵¹⁹ Les travaux du professeur portent amplement sur ces questions, à commencer par sa thèse de doctorat : *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, 2004, 678 p.

²⁵²⁰ Voir Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°36, séance du 14 janvier 2015 et en particulier l'intervention du rapporteur sur la nomination, le député GEOFFROY, p. 20-21.

de Jacques TOUBON à la fonction de Défenseur des droits et d'Adeline HAZAN à celle de Contrôleur générale des lieux de privation de liberté²⁵²¹ en constituant de bons exemples.

469. Concernant Jacques TOUBON, le député FEKL affirma avant l'audition : « Il faut qu'il y ait une procédure d'audition très approfondie, sur son passé, ses déclarations, ses votes, et son projet comme Défenseur des droits, parce qu'il y a des choses potentiellement rédhibitoires²⁵²² ». L'annonce de la proposition du président de la République de nommer M. TOUBON avait en effet suscité un certain nombre de discussions dont la presse a restitué la substance. Le journal *Le Monde* publia ainsi les réactions peu enthousiastes des députés du Parti Socialiste ou encore une partie du communiqué que rendit public le Syndicat de la Magistrature : « Nommer une personnalité qui s'est illustrée en votant contre la dépénalisation de l'homosexualité, en proposant, alors qu'il était ministre de la justice en 1995, l'amnistie des infractions commises par les commandos anti-IVG (...), ne peut être sérieusement envisagé²⁵²³ ». Conscient du climat négatif que suscita sa candidature, l'ancien garde des Sceaux prit soin d'ouvrir son audition en répondant point par point aux critiques. La présentation du candidat invita elle-même les députés à se placer délibérément sur le terrain des idées. Le député CORONADO s'en expliqua. Selon lui, les idées défendues jadis par M. TOUBON « construisent une cohérence et façonnent un profil. En tout cas, elles ne témoignent pas d'une capacité à s'affranchir des disciplines partisans et des logiques politiques, ce qui est nécessaire pour occuper la fonction de Défenseur des droits²⁵²⁴ ».

470. Le projet de nomination de J. TOUBON fut assez mal accueilli par les parlementaires de la majorité qui saluèrent néanmoins, pour beaucoup, la qualité de l'audition du candidat²⁵²⁵. À l'inverse, ce sont les parlementaires de l'opposition qui accueillirent défavorablement le projet de nomination d'A. HAZAN en tant que Contrôleur générale des

²⁵²¹ La forme féminisée de cette fonction est conforme à celle adoptée sur le site internet de l'institution : <http://www.cglpl.fr/missions-et-actions/biographie-jm-delarue/>. L'adresse de la page internet comporte à tort le nom de l'ancien contrôleur.

²⁵²² Cité par N. CHAPUIS, « Défenseur des droits : les parlementaires PS tentent de barrer la route à M. Toubon », *Le Monde*, 19 juin 2014.

²⁵²³ D. REVAULT D'ALLONNES, « Défenseur des droits : le choix de l'Élysée passe mal », *Le Monde*, 13 juin 2014.

²⁵²⁴ Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°68, séance du 2 juillet 2014, p. 20. Certains sénateurs adoptèrent une démarche analogue, interrogeant J. TOUBON sur ses positions politiques passées. La question des compétences n'était ainsi pas toujours, loin s'en faut, au centre des débats. Voir au Sénat : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20140707/lois.html#toc4>

²⁵²⁵ Les commissions des Lois de chaque assemblée ne s'opposèrent pas à la nomination. Au Sénat, le candidat obtint 16 suffrages pour et 14 contre. À l'Assemblée nationale, 32 commissaires votèrent pour, 19 contre.

lieux de privation de liberté. Avant même la prise de parole de la candidate, le rapporteur sur le projet de nomination, le député HUYGHE, fit part de ses craintes de collusion politique :

Vous êtes, comme chacun sait, une proche de Martine Aubry, et je ne peux m'empêcher de me demander si cette proposition de nomination n'est pas un moyen de s'attirer les bonnes grâces de celle dont on dit qu'elle serait à la manœuvre dans l'animation des parlementaires récalcitrants²⁵²⁶.

Après une audition aussi mouvementée²⁵²⁷ que celle que connut J. TOUBON, Mme HAZAN obtint néanmoins les voix requises²⁵²⁸.

Dans ces deux cas, il semble que deux raisons expliquent que le passé politique du candidat ait été placé au cœur de l'interrogatoire mené par les parlementaires. La première tient à l'absence d'exigences (ou seulement d'exigences très vagues) quant aux connaissances et à l'expertise à réunir pour prétendre au poste. À défaut de référentiel objectif, le contrôle ne peut véritablement consister à « vérifier les compétences » du candidat. Mais il glisse sur un terrain politique pour une seconde raison encore : la recherche de l'indépendance des candidats en lisse. Dans les deux auditions précitées, les parlementaires cherchèrent à obtenir des gages d'indépendance.

§2. Une procédure ne garantissant pas l'indépendance des nominataires

471. À l'évidence, un lien fort unit compétence et indépendance. Le professeur MANSON put ainsi écrire qu' « on ne peut être indépendant que si l'on est techniquement à même de pouvoir assumer la fonction dans laquelle on a été investi²⁵²⁹ ». Cette idée vient souvent au soutien des critiques adressées aux modes de nominations des membres du Conseil constitutionnel : la « connaissance juridique [...] est un gage d'indépendance des juges car elle leur permet de se prononcer par eux-mêmes, sans être tributaires de l'expertise de juristes

²⁵²⁶ Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°68, séance du 2 juillet 2014, p. 3.

²⁵²⁷ Voir notam. l'échange final entre le député FENECH et Mme HAZAN (C.R. préc., p. 10-11).

²⁵²⁸ Au Sénat, la candidate obtint 18 suffrages pour et 13 contre. À l'Assemblée nationale, 35 commissaires votèrent pour, 23 contre.

²⁵²⁹ S. MANSON, *La Notion d'indépendance en droit administratif*, op. cit., t. 2, p. 282.

extérieurs à la formation de jugement²⁵³⁰ ». La compétence se présente comme une condition nécessaire mais résolument insuffisante de l'indépendance²⁵³¹. Or, en l'absence de qualifications requises pour prétendre à la nomination à un emploi ou une fonction soumis à la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution, la condition factuelle nécessaire à l'indépendance peut potentiellement faire souvent défaut. À supposer cependant que cette première condition soit remplie en fait, d'autres exigences semblent devoir la compléter pour assurer l'indépendance des nominataires.

472. Il n'est pas rare de lire que le mode de dévolution d'un emploi ou d'une fonction peut contribuer ou au contraire nuire à l'indépendance de la personne qui en bénéficie²⁵³². De ce point de vue, la procédure étudiée est susceptible d'avoir prise sur l'indépendance des organes concernés. Afin de se faire un avis sur une telle question, la définition de l'indépendance est un prérequis nécessaire. Pour le professeur DEGOFFE, « l'indépendance n'est pas une fin en soi. Elle doit faciliter l'édiction d'une décision impartiale²⁵³³ ». Cette analyse opère à l'évidence pour les organes juridictionnels : cours administratives, judiciaires, financières et Conseil constitutionnel. Quant au lien décelé par l'auteur entre impartialité et indépendance, il n'est pas sans faire écho aux articles 6§1 – aux termes duquel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial » – et 21 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales – qui dispose que « pendant la durée de leur mandat, les juges [de la Cour EDH] ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité requise par une activité exercée à plein temps ». Ces exigences pesant sur le pouvoir juridictionnel ne sont pas étrangères pour autant aux autorités administratives indépendantes dont :

L'essentiel des actes traditionnellement qualifiés de sanctions administratives doivent être considérés comme entrant dans la « matière pénale » ou [...] dans la « matière civile » [visées

²⁵³⁰ J. THOMAS, *L'Indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 147.

²⁵³¹ Nous admettons pour les besoins de l'exposé que l'indépendance d'une institution requiert l'indépendance de ses membres. Même si cette condition est sûrement insuffisante, elle entretient des rapports étroits avec les nominations ; c'est la raison pour laquelle nous l'abordons seulement sous cet angle.

²⁵³² En ce sens, voir notam. M. COLLET, *Le Contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 2003, p. 19 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public, Volume 2 - Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La Documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État », 2012, p. 314 (note) et J. THOMAS, *L'Indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 143 et s.

²⁵³³ M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 712.

par l'article 6§1], et que leurs auteurs méritent la qualification de « tribunal » au sens de la Convention²⁵³⁴.

Mais avancer que l'indépendance sert l'impartialité ne constitue pas encore une définition. Au sens premier qu'impose le signe²⁵³⁵, « in-dépendant » suppose de « ne pas dépendre ». Le verbe « dépendre » vient du latin *dependere*, « être suspendu à ». L'in-dépendance requiert donc de n'être pas « suspendu à ». Étymologiquement, l'indépendance suppose bien une « absence de subordination²⁵³⁶ ». Pour les autorités administratives indépendantes, cette indépendance se traduit par l'absence de tutelle et/ou par l'assurance de ne recevoir aucune instruction²⁵³⁷.

Bien que ce terme soit souvent employé sans complément, il reste toujours relatif et sous-entend, suivant le contexte, l'idée de tel ou tel autre terme par rapport auquel ce dont on parle est indépendant²⁵³⁸.

Afin d'étudier l'effet de la procédure d'avis parlementaire sur l'indépendance des nominataires, il faut donc se demander par rapport à qui, à quoi, à quel(s) organe(s), l'autorité nommée doit être indépendante. Cette question semble avoir été largement ignorée par les instigateurs de la réforme et par les parlementaires lors des travaux constitutifs. Il est effectivement :

Pour le moins contestable d'avoir mis sur le même pied des emplois de président ou directeur d'entreprises ou d'organismes publics (C.N.R.S., Météo-France) et des emplois dans des institutions constitutionnelles d'importance, notamment le Défenseur des droits ou les membres du Conseil constitutionnel, comme s'il s'agissait de fonctions du même ordre²⁵³⁹.

²⁵³⁴ M. COLLET, *Le Contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 334. À la page précédente et dans les pages qui suivent, l'auteur fournit une bibliographie riche quant à l'application de l'article 6§1 de la Conv. EDH aux autorités administratives indépendantes.

On lira également à profit, A. GOUTTENOIRE, « Commentaire sous CEDH, *Hauschildt c./ Danemark*, 24 mai 1989 », in F. SUDRE et alii., *Les Grandes Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5^e éd., 2009, p. 329 et s.

²⁵³⁵ Au sens faible que lui donne Ferdinand de SAUSSURE (voir F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, éd. critique préparée par T. DE MAURO, Payot, coll. « Payothèque », 1972, p. 97 et s.).

²⁵³⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée « Indépendance ».

²⁵³⁷ Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité juridique sont généralement placées sous la tutelle du Gouvernement mais ne peuvent recevoir d'instruction (CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public Volume 2 - Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, op. cit., p. 49).

²⁵³⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., entrée « Indépendant ».

²⁵³⁹ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? (...) », art. cité, p. 23 (du PDF disponible en ligne).

473. Manifestement, la procédure étudiée est indifférente à l'exigence d'indépendance caractérisant certains nominataires qu'elle vise. En effet, parmi les cinquante-deux emplois ou fonctions concernés, tant en vertu de dispositions constitutionnelles que de la loi organique du 23 juillet 2010, vingt-deux sont pourvus dans dix-neuf institutions indépendantes : seize autorités administratives indépendantes²⁵⁴⁰ et trois autorités dont les catégorisations varient selon les auteurs mais pour lesquelles l'exigence d'indépendance ne fait pas de doute, à savoir la Commission de l'article 25 de la Constitution²⁵⁴¹, le Conseil supérieur de la magistrature²⁵⁴² et le Conseil constitutionnel²⁵⁴³. Réciproquement, vingt-huit des institutions et trente des emplois ou fonctions touchés par la procédure ne jouissent d'aucune indépendance. Ce constat appelle deux conclusions : soit la procédure ne contribue nullement à l'indépendance et, dans cette hypothèse, une nouvelle limite de la réforme apparaît puisqu'elle serait susceptible de fragiliser des institutions indépendantes ; soit la procédure contribue effectivement à l'indépendance des nominataires mais, dans ce cas, elle pourrait avoir une conséquence perverse sur les emplois qui doivent être soumis au Gouvernement.

474. Suivant cette seconde hypothèse, il se pourrait que, contrairement aux fins visées, l'avis des commissaires contribue à faire perdre encore davantage²⁵⁴⁴ aux ministres l'autorité qu'ils

²⁵⁴⁰ Quinze en vertu de la loi organique du 23 juillet 2010 (voir la liste *supra* p. 482) et une autorité administrative indépendante en vertu de la Constitution : le Défenseur des droits. En dépit du fait que la loi organique du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits* le qualifie d'« autorité constitutionnelle indépendante », il semble qu'il faille s'accorder à admettre que la dénomination n'emporte pas de régime juridique spécifique par rapport aux autres autorités administratives indépendantes. Il s'agirait d'une nouvelle notion plus que d'un nouveau concept. Ceci explique peut-être que le Conseil constitutionnel décidât « qu'en érigeant le Défenseur des droits en « autorité constitutionnelle indépendante », le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue *une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution* ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels » (Cons. const., décis. n°2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, préc., cons. 5 [nous soulignons]). Sur ces questions, voir en particulier M. VERPEAUX, « Il est né le défenseur des droits. À propos des lois du 29 mars 2011 », art. cité, p. 823-828 et E. MATUTANO, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », art. cité, p. 18-23.

²⁵⁴¹ L'article 25 al. 3 de la Constitution dispose que : « Une *commission indépendante*, dont la loi fixe la composition et les règles d'organisation et de fonctionnement, se prononce par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs » (nous soulignons).

²⁵⁴² La notion d'indépendance ne fut introduite dans la loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature qu'en 2010, par l'article 10-1 de la loi organique n°2010-830 du 22 juillet 2010 *relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*. Dans sa décision n°2010-611 DC le Conseil constitutionnel jugea qu'il résulte des dispositions des articles 16 de la DDHC, 64 et 65 de la Constitution que « l'indépendance du Conseil supérieur de la magistrature concourt à l'indépendance de l'autorité judiciaire » (Cons. const., décis. n°2010-611 DC du 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, cons. 5, *JORF* du 23 juillet 2010, p. 13583, *Rec.* p. 148).

²⁵⁴³ Art. 7 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

²⁵⁴⁴ Ceci résulte du deuxième titre de la thèse, voir en particulier *supra* p. 242 *sq.* et p. 291 *sq.*

exercent sur ces institutions parfois explicitement soumises à leur tutelle²⁵⁴⁵. Dans son rapport public de 2012, le Conseil d'État relevait en ce sens qu'un des directeurs d'agence interrogés « a pu déclarer qu'il ne répondait pas toujours aux orientations données par son ministre, mais obéissait toujours à celles de la Présidence de la République²⁵⁴⁶ ». La procédure d'avis parlementaire pourrait accentuer le phénomène : en participant à la légitimation des nominations présidentielles et des nominataires eux-mêmes, elle pourrait favoriser la rupture avec l'autorité du Gouvernement.

475. Finalement, si la procédure étudiée contribue à l'indépendance, elle n'opère que vis-à-vis du Gouvernement. Ni la question de l'indépendance du nominataire à l'égard du président de la République ni son indépendance à l'égard du Parlement et de ses membres n'ont été vraiment posées. Les autorités indépendantes (administratives ou non) ont pu être présentées par certains auteurs comme des concrétisations du « pouvoir neutre » de Benjamin CONSTANT²⁵⁴⁷. Or, l'étude des conditions de nomination de l'organe incarnant le pouvoir neutre dans l'œuvre du philosophe a aussi permis de souligner la nécessité pour l'auteur, dans sa période républicaine du moins, de dissocier le pouvoir neutre non seulement du pouvoir exécutif mais encore du pouvoir législatif. C'est la raison pour laquelle il envisageait l'élection d'un organe par les citoyens²⁵⁴⁸. En particulier, l'auteur des *Fragments* proscrivait la nomination de l'organe modérateur par l'exécutif :

Le corps destiné spécialement à réprimer les excès du pouvoir exécutif se remplirait de ses créatures, ou, du moins, d'hommes qui, ayant fourni aux pieds de l'autorité une longue carrière

²⁵⁴⁵ Par exemple, le CNRS est placé sous la tutelle du ministre chargé de la Recherche en vertu de l'art. 1^{er} du décret n°82-993 du 24 novembre 1982 *portant organisation et fonctionnement du Centre national de la recherche scientifique*.

²⁵⁴⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public Volume 2 - Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, *op. cit.*, p. 86. Voir également, dans une autre perspective et de façon moins fouillée : INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES, *L'État et ses agences*, Inspection générale des finances, 2012, 74 p. Notons que ces deux rapports ne retiennent pas la même définition de l'agence de sorte que le Conseil d'État estime qu'il existe en France 103 agences, alors que l'IGF en dénombre 1244. Pour le Conseil d'État, l'agence se définit par « deux critères cumulatifs : l'autonomie et l'exercice d'une responsabilité structurante dans la mise en œuvre d'une politique publique nationale » (p. 12).

Ces deux rapports traitent de la problématique des nominations. Voir dans le rapport Conseil d'État, p. 64 *sq.* et p. 219 *sq.* sur les nominations dans les agences en droit comparé et dans le rapport de l'IGF, voir en partic. p. 33 *sq.* où il est notamment question du départ des membres de cabinets ministériels vers les agences ou encore de la dissociation souhaitée des fonctions de directeur général et de président du Conseil d'Administration.

²⁵⁴⁷ Voir par exemple S. REGASTO, *Contributo allo studio delle Autorità Indipendenti. Il caso del garante per l'editoria e la radiodiffusione*, Aracne, 2004, 132 p. ; A. SAJÓS, « Autorités administratives indépendantes », in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, *op. cit.*, p. 350-351.

²⁵⁴⁸ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 437 et s.

d'obéissance, seraient peu capables de se redresser soudain et de reprendre le sentiment de la liberté²⁵⁴⁹.

476. Dans certains États ayant développé des systèmes de participation des parlementaires aux nominations dans certains organismes indépendants, un système de marchandage a pu s'épanouir qui interroge directement la raison d'être de ces contrôles. La constitutionnalisation d'une telle procédure de nomination aurait pu être accompagnée d'une réflexion plus générale sur la composition des organismes indépendants en France. Entre les trois idéaux-types identifiés par Pierre ROSANVALLON en ce domaine²⁵⁵⁰, le Constituant français a choisi de ne pas choisir. L'hybridité demeure la règle générale en la matière et la question de l'indépendance par le mode désignation reste posée.

Cette réforme aurait pu être l'occasion d'interroger encore davantage les liens entre indépendance et nominations par le président de la République et les liens entre indépendance et participation des parlementaires aux nominations. Certes, la révision du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution a ceci d'intéressant qu'elle suppose une confiance à l'égard de la représentation nationale qui rompt véritablement avec la Cinquième République de 1958. En ce sens, elle contribue bien à « revaloriser le Parlement ». Mais, en même temps qu'était conduite la revalorisation du Parlement, s'élevaient de nombreuses interrogations quant aux conflits d'intérêts, y compris s'agissant des parlementaires. Imaginer de tels conflits n'est pourtant ni verser dans l'antiparlementarisme ni dans la pure hypothèse d'école. Par exemple, en raison de l'amitié qui l'animait à l'égard du candidat, le député RAIMBOURG prit spontanément soin de se déporter, lors du vote sur la proposition par le président de la République de la nomination de Jean DANET au Conseil supérieur de la magistrature²⁵⁵¹. En l'état actuel du droit positif, seule la vigilance des parlementaires eux-mêmes peut résoudre ce type de situation.

477. Au total, loin de constituer « une procédure de contrôle approfondi », la procédure étudiée « se limite en pratique à entendre la personne pressentie lors d'une audition publique,

²⁵⁴⁹ B. CONSTANT, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 438.

²⁵⁵⁰ Le professeur distingue « trois conceptions de la composition des autorités indépendantes ». La composition « purement personnalisée » : « Le groupe est constitué par une addition de sélection obéissant à des critères tenant strictement aux compétences ou aux diverses qualités des individus » ; la composition « pluri-partisane » qui « correspond à une approche plus "réaliste" de l'impartialité par l'équilibre des partis pris » ; la composition à « dimension représentative » enfin : dans ce cas, « les textes prévoient [...] que siègent ès-qualité dans ces instances certains responsables publics ou que de institutions y délèguent un ou plusieurs de leurs membres » (P. ROSANVALLON, *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 163 et s.).

²⁵⁵¹ Voir Assemblée nationale, commission des lois (C.R.), n°36, séance du 14 janvier 2015, p. 4-5.

les parlementaires ne disposant pas d'autres informations à son égard ». Faisant un tel constat, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) propose plusieurs modifications susceptibles d'être apportées au dispositif de 2008, tel qu'il fut concrétisé par les lois de juillet 2010 et pratiqué depuis lors. La HATVP estime que le contrôle parlementaire des nominations devrait permettre un « contrôle déontologique des personnes dont la nomination leur est soumise par le Président de la République²⁵⁵² ». À cette fin, elle suggère qu' « un extrait du bulletin n°2 du casier judiciaire des intéressés », « un certificat de régularité fiscale et une attestation sur l'honneur du respect des obligations fiscales », ainsi qu'une « déclaration d'intérêts, sur le modèle de la déclaration que l'intéressé devra en tout état de cause remplir en application de la loi du 11 octobre 2013, une fois qu'il aura été nommé », soient transmis aux commissaires avant toute audition.

L'avancée serait minime et encore fort éloignée de ce qui se pratique ailleurs ; au moins cela pourrait-il prévenir les conflits d'intérêts. Pour le reste, il apparaît donc que la procédure introduite au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution ne permet guère l'évaluation des compétences des candidats et pose de véritables questions s'agissant de l'indépendance des institutions concernées.

*
* *

Conclusion du chapitre

478. La procédure étudiée paraît emporter des effets sur les institutions de la Cinquième République. Mais elle est marquée du sceau de l'ambiguïté tant quant à ses conséquences sur les autorités de nomination (parlementaires, président de la République et Gouvernement notamment) que sur les personnes nommées et leur institution de rattachement.

²⁵⁵² Voir J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique. Rapport au président de la république sur l'exemplarité des responsables publics*, proposition n°3, p. 32.

D'une part, l'avis des commissaires peut contribuer à la revalorisation de la fonction parlementaire telle que l'avait envisagée le comité BALLADUR. Cette nouvelle compétence conférée aux commissions permanentes contribue à la consolidation de la mission de contrôle incombant aux parlementaires. Cependant, elle favorise, en même temps, la confirmation de la prééminence du chef de l'État dans le système politique de la Cinquième République : le Gouvernement paraît absent d'un processus de nomination dont il demeure pourtant responsable et l'avis des parlementaires sert plus de caution que de véritable contrôle.

D'autre part, le dispositif étudié avait été instauré pour rechercher des nominataires de qualité : il s'agissait de pourvoir les emplois ou fonctions présentant une « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation » en visant la compétence plus que la connivence. Or, les postes concernés requièrent rarement, de façon explicite et normativement déterminée, des compétences précises, ce qui permet de douter, sinon de la réalité du contrôle, au moins de son efficacité. Enfin, la procédure étudiée entretient avec l'indépendance un rapport incertain. Elle pourrait favoriser celle de certains des organismes visés par la procédure à l'égard du Gouvernement mais elle laisse encore sans réponse la question de l'indépendance à l'égard du président de la République, des membres du Parlement ou d'autres pouvoirs non étatiques.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

479. Un contrôle parlementaire des nominations présidentielles a été instauré en 2008 par l'introduction d'un cinquième alinéa à l'article 13 de la Constitution. Il présente diverses limites qui révèlent son inefficacité.

D'une part, il peine à véritablement remplir l'objectif annoncé par les instigateurs de la réforme : permettre un « encadrement des nominations présidentielles²⁵⁵³ ». Tout d'abord, ce contrôle peut tout au plus encadrer l'exercice de la compétence et non son étendue et son extension. Ensuite, le champ d'application de ce contrôle est très limité ; il ne concerne qu'un nombre réduit d'emplois ou de fonctions. Enfin, ses effets demeurent minimes. Il introduit de la transparence dans le processus de désignation, mais n'offre qu'à une partie des parlementaires (les membres des commissions permanentes compétentes) la possibilité d'effectuer un contrôle restreint. Cette procédure se présente effectivement comme une procédure d'avis conforme négativement qualifié, œuvrant tout au plus contre l'erreur manifeste de désignation et qui requiert des commissaires moins un accord qu'une absence de désaccord. Il s'agit de ce point de vue d'*un contrôle limité des désignations présidentielles*, insuffisant pour tempérer la décision présidentielle.

D'autre part, ce contrôle charrie un certain nombre de présupposés et emporte un ensemble de conséquences qui constituent sa seconde limite. D'abord, cette procédure de nomination associant des parlementaires et le président de la République a des effets ambigus sur les organes de nomination. En même temps qu'il contribue à renouveler l'équilibre entre les assemblées – et en leur sein-même –, ce contrôle constitue une confirmation de la présidentialisation du système politique français. Établi sur l'idée que le pouvoir de désignation appartient au président de la République, le contrôle parlementaire introduit en 2008 contribue encore davantage à occulter le rôle des véritables détenteurs du pouvoir de désignation. De surcroît, ce dispositif pourrait potentiellement soustraire au contrôle du juge administratif les actes adoptés suivant cette procédure. Mais ce contrôle a également des effets équivoques sur les organes nommés : il n'est ni tout à fait un moyen de garantir les compétences ni tout à fait un moyen de garantir l'indépendance. Pour ces raisons, il s'agit d'un contrôle emportant des *conséquences ambiguës sur les institutions de la Cinquième République*.

²⁵⁵³COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 16.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

480. Les contrôles opérés sur les nominations présidentielles se caractérisent par leur inefficacité. Ce constat s'impose tant s'agissant *des contrôles classiques* que s'agissant du contrôle plus novateur qu'est le *contrôle parlementaire des désignations présidentielles* consistant à recueillir l'avis de parlementaires préalablement aux nominations. Ces deux formes visent la mitigation du pouvoir, qu'il soit habilité ou capté.

Les contrôles classiques des nominations prennent deux formes : l'existence d'une pluralité de participants à l'élaboration d'un acte de nomination et l'existence d'une pluralité de règles commandant l'édiction de tels actes. Par la pluralité des acteurs contribuant à l'édiction d'une nomination, le pouvoir de désignation est distribué, ce qui pourrait prémunir contre l'arbitraire. Néanmoins, la compétence présidentielle de nomination fait elle-même échec à la distribution du pouvoir décisionnel dès lors que le président de la République a pu s'approprier le pouvoir de désignation appartenant aux coauteurs des nominations. La pluralité des règles n'est pas davantage un moyen de contrôler le pouvoir de nomination du chef de l'État. Sanctionnable par le juge, le respect des règles d'édiction est, d'une part, tout entier subordonné à l'existence de pourvois et à la décision juridictionnelle. Surtout, d'autre part, ces règles n'ont pas empêché la pratique d'un pouvoir de nomination arbitraire et elles peinent à réduire le caractère discrétionnaire des désignations. Les contrôles classiques demeurent inefficaces de ce point de vue. Qu'ils soient pensés comme pesant sur la compétence de nomination ou sur le pouvoir de désignation capté, ils échouent à mitiger le pouvoir de nomination du président de la République.

Le contrôle parlementaire établi en 2008 est fondé sur la volonté de contrôler les choix présidentiels. Aussi s'inscrit-il résolument dans une démarche pragmatique faisant sienne le constat de la présidentialisation de la compétence de nomination. Il n'est pourtant pas plus efficace que les contrôles classiques. En premier lieu, il constitue un contrôle limité des nominations présidentielles. Il concerne peu d'emplois et fonctions et empêche tout au plus une erreur manifeste de désignation. En second lieu, il emporte des effets ambigus sur les institutions de la Cinquième République. Loin de remettre en cause la captation du pouvoir de nomination par le chef de l'État, il s'établit tout entier sur ce prérequis qu'il contribue à conforter. Au reste, il ne favorise ni la qualité des nominations ni l'indépendance des personnes nommées.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Gouverner c'est nommer, et nommer c'est gouverner ».
Paul BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, 1939,
p. 441.

481. Au terme de cette étude, la compétence de nomination du président de la Cinquième République apparaît comme une compétence principalement formelle du chef de l'État qui s'est muée en un pouvoir de nomination, c'est-à-dire en une faculté de désigner et/ou de nommer sans habilitation ou en vertu d'une habilitation fautive. Et c'est parce qu'il s'agit d'un pouvoir capté que les contrôles pesant sur lui se caractérisent par leur inefficacité.

482. La démonstration de la mutation de la *compétence de nomination en un pouvoir de nomination* a permis de mettre au jour la spécificité de cette attribution présidentielle.

Comme toutes les compétences du président de la République dont l'exercice est soumis à l'exigence du contreseing, la compétence de nomination ne s'accompagne pas du pouvoir de décision du chef de l'État. L'importance de sa signature n'est pourtant pas négligeable : il est habilité à nommer parce qu'il a une fonction symbolique qui donne à sa compétence de nomination un caractère honorifique. En droit, il s'agit d'une compétence formelle.

Mais elle a ceci de particulier qu'elle est à la fois cause et conséquence de l'extension du pouvoir présidentiel. Le pouvoir de nomination est un pouvoir capté et ceci s'explique par le pouvoir de nomination lui-même. Nous avons proposé de désigner ce phénomène par le concept de *conatus* emprunté à SPINOZA : le pouvoir de nomination a une capacité à s'auto-perpétuer²⁵⁵⁴. Le président de la République a pu capter ce pouvoir par l'extension de son habilitation à nommer. Et, réciproquement, l'extension de la compétence a été permise par le pouvoir de nomination. Cette auto-perpétuation s'explique par le panoptisme caractéristique de cette attribution : les bénéficiaires des nominations sont « pris dans une situation de

²⁵⁵⁴ B. SPINOZA, *Éthique*, *op. cit.*, p. 258 (III ; prop. VI). Nous faisons nôtre l'idée formulée par P. BOURDIEU selon laquelle le « pouvoir est animé par une sorte de *conatus* » (*Sur l'État (...)*, *op. cit.*, p. 419).

pouvoir dont ils sont eux-mêmes les porteurs²⁵⁵⁵ », ce qui permet d'expliquer qu'ils acceptent un certain nombre de rôles qui ne se laissent pas saisir par le Droit.

« Une Constitution n'existe plus dès qu'elle est violée : le Gouvernement qui la viole [...] peut bien subsister par la force, mais il ne subsiste plus par la Constitution », enseignait Benjamin CONSTANT²⁵⁵⁶. La compétence de nomination du président de la Cinquième République est tout entière traversée par cette tension entre le droit et le fait. Les faits expliquent que le chef de l'État s'approprie un pouvoir de décision qui juridiquement ne lui revient pas. Ce faisant, le président de la République peut agir sur le Droit. Cette tension rejaillit sur les contrôles pesant sur les nominations.

483. L'appropriation du pouvoir de nomination par le chef de l'État explique largement l'*inefficacité des contrôles* visant à encadrer cette attribution. Même en retenant une conception minimale de la démocratie, il est possible d'admettre que les contrôles de la compétence de nomination visent à empêcher l'arbitraire. L'étude historique et comparée des nominations a révélé la prégnance d'un certain nombre de problématiques : empêcher la concentration de la compétence afin de viser l'égalité des espérances, ce qui suppose de rechercher le mérite pour atténuer le favoritisme et la politisation. Ces objectifs se traduisent par diverses modalités de contrôle.

Des contrôles classiques visent à concilier l'exercice de la compétence de nomination et les exigences démocratiques identifiées. Mais ceux-ci achoppent sur le pouvoir de nomination capté. Parmi ces contrôles classiques, le premier tient à la distribution de la compétence entre une pluralité de participants. Or, par l'effet panoptique qu'il induit, le pouvoir de nomination est susceptible de faire échec à cette « précieuse garantie » que constitue « la nécessité d'obtenir, pour les actes importants, le concours de plusieurs volontés »²⁵⁵⁷. Le second mode de contrôle réside dans la pluralité des règles d'édition des actes de nomination. Certaines règles de procédure s'imposent pleinement au président de la République. En revanche, les règles de fond demeurent encore inefficaces. D'une part, un pouvoir de nomination présidentiel arbitraire demeure : il s'agit des nominations prononcées sous l'empire de l'article 16 de la Constitution et des nominations de ses conseillers. D'autre part, tandis que

²⁵⁵⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir (...)*, p. 202-203.

²⁵⁵⁶ B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle, op. cit.*, p. 374-375.

²⁵⁵⁷ G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », art. cité, p. 68.

les actes de nomination ne sont pas toujours susceptibles de recours, les règles visant à limiter le pouvoir discrétionnaire capté par le chef de l'État lui offrent une large liberté de choix, sans toujours œuvrer à la recherche des mérites.

Plus récemment, un contrôle parlementaire visant à « encadrer le pouvoir de nomination²⁵⁵⁸ » du président de la République a été introduit à l'article 13 alinéa 5 de la Constitution. Il permet aux commissions permanentes compétentes de chaque assemblée de formuler un avis sur les désignations présidentielles puisqu'il est préalable à l'édiction des actes de nomination. L'étude de ce dispositif a mis en valeur son inefficacité à limiter le pouvoir présidentiel : il concerne peu d'emplois et fonctions et permet au mieux un contrôle de l'erreur manifeste de désignation. Au demeurant, il est apparu comme un contrôle emportant des conséquences ambiguës sur les institutions de la Cinquième République. Assumant pleinement le présupposé selon lequel le président de la République décide des nominations, le dispositif d'avis parlementaire s'insère avec difficulté dans l'édifice général du régime et ne se présente pas comme un moyen efficace d'assurer des nominations fondées sur le mérite de leur bénéficiaire et garantes de leur indépendance.

484. De cette recherche, il ressort que les nominations sont placées au cœur des institutions de la Cinquième République et contribuent largement à expliquer la présidentialisation du système politique. Leur rôle dans la persistance de la précellence présidentielle a pu être mis en lumière. Même en période de cohabitation, elles demeurent un des ressorts de pouvoir les plus efficaces dont dispose le chef de l'État. L'étude de la compétence de nomination du Président de la Cinquième République est riche d'enseignements. Elle offre un point de vue privilégié sur les institutions de la Cinquième République : les nominations présidentielles irriguent l'État et ses institutions ; les étudier permet de s'y immiscer avec elles. Cette enquête ne donne pas seulement à voir le pouvoir présidentiel à l'œuvre. Elle permet aussi de mieux comprendre les rapports de pouvoirs et, à ce titre, de mieux comprendre l'ensemble du régime et sa pratique. Elle est en même temps source de déception puisqu'elle éclaire les limites du droit et souligne ses difficultés à régler les rapports de pouvoir et les rapports de force. « Si les hommes définissent des situations comme étant réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences²⁵⁵⁹. » La manière de percevoir et de penser les institutions n'est pas dénuée d'effets et explique la façon dont elles sont pratiquées. Pour ces mêmes raisons, les révisions

²⁵⁵⁸ COMITÉ BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 16.

²⁵⁵⁹ W. I. THOMAS and D. S. THOMAS, *The Child in America (...)*, op. cit., p. 571-572 (notre trad. pour : « If men define situations as real, they are real in their consequences »).

constitutionnelles visant la réduction des pouvoirs présidentiels semblent d'avance vouées à l'échec. Leur succès requiert une mutation des pratiques qui nécessite elle-même un renouvellement des perceptions. Espérons que cette thèse soit parvenue à « secouer » certaines « idées fausses »²⁵⁶⁰ et puisse inviter à percevoir différemment la Cinquième République.

²⁵⁶⁰ « Tu t'alourdis toi-même avec des idées fausses et ne peux voir choses que tu verrais si tu les secouais » (D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Paradiso, op. cit.*, I. 88-90).

Annexes

ANNEXE 1. COMPARAISON SÉLECTIVE

Le tableau de la page suivante permet une vue synoptique des modes de nomination de diverses institutions dans les régimes parlementaires biélectifs de l'Union européenne.

Pour faciliter la lecture nous avons adopté le vocabulaire des institutions françaises indépendamment des dénominations propres à chaque État. Pour ce qui est du Parlement, nous avons retenu les termes Assemblée nationale et Sénat dans le cadre des régimes bicaméraux et Parlement pour les régimes monocaméraux.

Abréviations utilisées : AG = assemblée générale ; AN = Assemblée nationale ; ccc. = commission parlementaire compétente ; cons. sup. = conseil supérieur ; CS = contreseing ; m. = membres ; Plmt = parlement ; prés. = président ; prop. = proposition ; vp= vice-président. « Non précisé » indique que cela ne relève pas d'une disposition constitutionnelle.

Nous avons cependant indiqué en italique les modes de nomination prévus par une disposition législative lorsque nous avons pu la trouver. « Ø » signifie que cela est sans objet dans le système juridique étudié. Les emplois ou fonctions pourvus par élection d'une ou plusieurs chambres du Parlement figurent en gris clair.

Postes États	Ambassa- deurs	Juges cours suprêmes			Juges constit.	Banque Nationale (ou Fédérale)	Déf. des Droits
		Judic.	Admin.	Financ.			
Autriche (Bicam.)	prop. du gouv. + CS	non précisé	prop. du gouv. d'après une liste de l'AG des juges de la Cour admin. + CS	prop. du gouv. sur liste de l'AG des juges de la Cour admin. + CS; prés. élu par AN	6 m. + prés. + vp nommés par PR sur prop. du gouv./ 6 autres m. nommés par PR sur prop. de l'AN	non précisé	élu par AN
Bulgarie (Monocam.)	prop. du gouv. + CS	prop. du conseil sup. judiciaire + CS	prop. du conseil sup. judiciaire + CS	élus par Plmt	12 juges. 1/3 élu AN; 1/3 PR + CS; 1/3 élu par AG des juges de la Cour sup. de Cass. et Admin.	élu par Plmt	élu par Plmt
Croatie (Monocam.)	prop. du gouv. après avis de la ccc + CS	CS seul	prés. Cour Sup. élu par le Plmt sur prop. PR, après avis de la CS et ccc.	non précisé	13 juges élus par le Plmt sur prop. de la ccc.	non précisé	élu par Plmt
Finlande (Monocam.)	non précisé	prop. du gouv. + Ø CS	prop. du gouv. + Ø CS	prop. du gouv. + Ø CS	Ø	élu par Plmt	élu par Plmt
France (Bicam.)	CS seul	prop. ou avis du CSM selon les cas + CS	prop. garde des Sceaux + CS	CS seul	9 juges. 3 nommés par PR après avis non défav. des ccc. + Ø CS	<i>En vertu de la loi, avis non défav. des ccc. + CS</i>	Avis non défav. des ccc. + CS
Irlande (Bicam.)	non précisé	avis du gouv. + Ø CS	avis du gouv. + Ø CS	prop. AN + avis du gouv. + Ø CS	nommés par PR avis du gouv. + Ø CS	non précisé	<i>nomin. PR sur prop. des 2 Chamb.</i>
Lituanie (Monocam.)	prop. du gouv. + CS	élus par AN sur prop. PR	Ø	prop. AN + Ø CS	9 juges. Renouv. 1/3 ts les 3 ans. Tous élus par Plmt sur prop. du PR, du prés. Plmt et du prés. Cour sup.	élu par Plmt sur prop. du PR	<i>élu par AN</i>
Pologne (Bicam.)	CS seul	prop. de AG des juges de la Cour Sup. + Ø CS	prop. de AG des juges de la Haute Cour Adm + Ø CS	élu par AN avec accord du Sénat	15 juges élus	élu par AN sur prop. du PR	élu par AN sur prop. du Sénat
Portugal (Monocam.)	CS seul	élus par les juges le constituant	élus pas les juges le constituant	CS seul	13 juges. 10 élus par AN + 3 cooptés	non précisé	élu par Plmt
Rep. tchèque (Bicam.)	CS seul	CS seul	CS seul	prop. AN + Ø CS	15 juges. Nomin. PR avec accord du Sénat + CS	non précisé	<i>élu par AN sur prop. PR et Sénat</i>
Roumanie (Bicam.)	prop. du gouv. + CS	CS seul	CS seul	élu par AN	9 juges. Renouv. 1/3 ts les 3 ans. 3 PR (/ 3 prés. AN/ 3 prés. Sénat) + Ø CS	non précisé	élu par Sénat
Slovaquie (Monocam.)	CS seul	élu par Plmt	prop. du cons. du pouv. judiciaire	élu par Plmt	12 juges. Nomin. par PR sur prop. par Plmt d'une liste de 24 noms + Ø CS	non précisé	élu par AN
Slovénie (Bicam.)	PR seul sans CS ni prop. ni avis	élu par AN	élu par AN	élu par AN	9 juges élus par AN sur prop. PR	non précisé	<i>élu par AN sur prop. PR et Sénat</i>

ANNEXE 2. ENTRETIENS

I. PRÉSENTATION DE LA DÉMARCHE SUIVIE

1. LA LISTE DES PERSONNES CONTACTÉES ET/OU INTERROGÉES

485. Un courrier a été adressé à l'ensemble des Premiers ministres, secrétaires généraux de l'Élysée et secrétaires généraux du Gouvernement de la Cinquième République vivants, exerçant leur fonction ou ayant cessé de les exercer. Seul M. FABIUS, Premier ministre entre 1984 et 1986 n'a pas été sollicité attendu qu'il était ministre des Affaires étrangères du Gouvernement AYRAULT au moment de ces envois.

Le tableau ci-dessous indique les noms, titre(s) et durée des fonctions des personnes contactées, la réponse obtenue et, le cas échéant la date de l'entretien.

Prénom	NOM	Fonctions	Période d'exercice	Réponse
Jean-Marc	AYRAULT	Premier ministre	2012-2014	Pas de réponse
Édouard	BALLADUR	Secrétaire général de l'Élysée (SGE)	1973-1974	Pas de réponse
		Premier ministre	1993-1995	
Philippe	BAS	SGE	2002-2005	Pas de réponse
Jean-Louis	BIANCO	SGE	1982-1991	Entretien le 12.09.2013
Michel	CHARASSE	Conseiller de François MITTERRAND	1981-1995	Entretien le 24.09.2013
		Membre du Conseil constitutionnel	2007-2016	
Jacques	CHIRAC	Premier ministre	1974-1976	Pas de réponse
		Premier ministre	1986-1988	
		Président de la République	1995-2007	
Édith	CRESSON	Premier ministre	1991-1992	Entretien le 10.09.2013
Renaud	DENOIX DE SAINT MARC	Secrétaire général du Gouvernement (SGG)	1986-1995	Entretien le 06.06.2013
		Membre du Conseil constitutionnel		
François	FILLON	Premier ministre	2007-2012	Refus
Dominique	DE VILLEPIN	SGE	1995-2002	Refus

		Premier ministre	2005-2007	
Lionel	JOSPIN	Premier ministre	1997-2002	Refus
Alain	JUPPÉ	Premier ministre	1995-1997	Refus
Serge	LASVIGNES	SGG	2006-2015	Entretien le 25.07.2013 avec Mme MARAIS-PLUMEJEAU
Pierre-René	LEMAS	SGE	2012-2014	Entretien le 26.09.2013 avec Mme Sylvie HUBAC
Marceau	LONG	SGG	1975-1982	Entretien le 14.06.2013
Xavier	MUSCA	SGE	2011-2012	Pas de réponse
Jean-Pierre	RAFFARIN	Premier ministre	2002-2005	Pas de réponse
Michel	ROCARD	Premier ministre	1988-1991	Entretien le 06.09.2013
Frédéric	SALAT-BAROUX	SGE	2005-2007	Entretien le 11.06.2013
Jean-Marc	SAUVÉ	SGG	1995-2006	Entretien le 02.09.2013
Hubert	VÉDRINE	SGE	1991-1995	Refus

2. LA MÉTHODE ADOPTÉE

Dans le cadre de ce travail de thèse, il nous a paru nécessaire de nourrir la connaissance de notre objet en cherchant, au-delà des sources secondaires²⁵⁶¹, les sources primaires²⁵⁶² susceptibles de l'enrichir. Les entretiens que nous ont accordés les « acteurs » des nominations relèvent de cette seconde catégorie.

2. 1 Le choix des acteurs interrogés

486. Nous avons souhaité rencontrer les différents « acteurs » des nominations, c'est-à-dire celles et ceux qui, à différents titres et à différents moments, interviennent dans le processus de nomination. Cependant, face à la diversité de ces acteurs, un choix a dû être opéré. Aussi avons-nous pris le parti de solliciter ceux qui ont été ou sont encore au plus près du processus étudié : les Premiers ministres, secrétaires généraux de l'Élysée et du Gouvernement et un

²⁵⁶¹ Sont considérées comme « sources secondaires » tous les travaux qui utilisent, analysent, mobilisent des « sources primaires ». Il s'agit de données médiatisées et déjà partiellement (re)construites.

²⁵⁶² Sont considérées comme « sources primaires » les témoignages, faits et documents que nous avons recueillis « à la source ». Il s'agit de données immédiates, inédites et, de ce fait, brutes.

conseiller du président MITTERRAND spécialisé dans les nominations. Sur les vingt courriers et courriels envoyés, quinze ont obtenus une réponse dont cinq furent défavorables. Ainsi nous avons pu interroger dix personnes. Les entretiens avec le Vice-président SAUVÉ, avec le Premier ministre CRESSON et Mme Sylvie HUBAC n'ont pas été reproduits faute d'avoir obtenu l'accord des intéressés.

2. 2 Le choix de la forme de l'entretien : l'entretien semi-directif

487. L'entretien est une technique de recherche qui trouve son terrain de prédilection dans les sciences sociales autres que le droit et qui est défini comme « une forme d'interaction sociale²⁵⁶³ entre un interviewer et un interviewé qui [a] pour objet de recueillir de l'information dans un but de recherche donné²⁵⁶⁴ ». Le but de recherche que nous nous sommes assigné pour mener ces entretiens devait déterminer sa forme. Aussi avons-nous présenté à nos interlocuteurs la finalité de notre démarche : « comprendre comment se passe réellement la désignation des différents personnels qui font vivre l'État²⁵⁶⁵ ». Nos recherches nous avaient conduite à une conception de la façon dont *devrait* juridiquement se passer le processus de nomination ; il restait à trouver comment *se passe* ledit processus. Certes, les sources secondaires – et mêmes primaires via les ouvrages autobiographiques, les compilations de discours et les documents consultés aux Archives nationales – abondent sur ce sujet, mais rien ne pouvait à notre sens remplacer le récit direct de ceux qui ont fait ces nominations. Surtout, les questions qui nous animaient ne trouvaient pas toujours de réponses dans les ouvrages publiés. Cette démarche pragmatique était donc orientée par les questions qui se posaient à nous, mais elle devait néanmoins faire place à la spontanéité du précieux récit des acteurs.

488. Un débat animé traverse les travaux en épistémologie des sciences sociales quant à la forme que doit revêtir l'entretien²⁵⁶⁶. Nos lectures en ce domaine nous ont permis de faire un

²⁵⁶³ Dans le même sens, on se reportera par exemple à P. BOURDIEU, « La situation d'enquête et ses effets », extrait de P. BOURDIEU (dir.), *La Misère du Monde*, Seuil, coll. « Points », 1993.

²⁵⁶⁴ J. POUPART, « Discours et débats autour de la scientificité des entretiens de recherche », *Sociologie et sociétés*, vol. 25, n°2, 1993, p. 93-110.

²⁵⁶⁵ Extrait des courriers adressés aux personnes contactées.

²⁵⁶⁶ Les questions d'ordre épistémologique suscitées par l'« enquête » sociologique et, plus encore, par l'« entretien » sont fondamentales autant que passionnantes. S'y trouve posée la question des écoles positivistes vs constructivistes, débat qui n'est lui-même pas sans lien avec l'interrogation première portant sur (les

certain nombre de choix justifiables à défaut d'être nécessairement justes. Les auteurs distinguent souvent trois grandes formes d'entretiens sociologiques : directif, non directif ou semi-directif²⁵⁶⁷. Nous avons retenu ce troisième mode d'investigation.

489. En effet, à l'inverse de certaines recherches en sociologie, nous ne souhaitons pas – pas seulement du moins – que les entretiens soient d'abord et exclusivement « exploratoires ». Compte tenu de la position théorique que nous avons adoptée – qui ne ressortit pas au réalisme juridique²⁵⁶⁸ –, il a donc fallu d'abord connaître notre objet d'étude, identifier les thèses que nous voulions soutenir pour ensuite pouvoir conduire des entretiens fructueux et éventuellement « probatoires »²⁵⁶⁹ avec les acteurs que nous sollicitons. Cela excluait d'office le recours à un entretien non structuré qui aurait potentiellement conduit les acteurs à nous livrer, sans direction, l'appréciation subjective qu'ils pouvaient avoir de notre objet de recherche²⁵⁷⁰. Certes, nous souhaitons que s'exprime leur subjectivité ; l'aurions-nous redouté qu'il n'eût été possible de l'éviter. Cela dit, afin de gagner en cohérence dans la substance des informations recueillies, l'entretien libre devait être exclu ; ceci allait d'ailleurs de pair avec le choix restrictif d'un panel de personnes entendues.

490. Fallait-il alors proposer aux différents acteurs un questionnaire fermé à la manière d'une interview directive ? Nous ne le souhaitons pas non plus. Puisqu'une part de spontanéité devait être conservée, soumettre un questionnaire aux interviewés aurait amputé les rencontres de ce qui devait faire leur richesse : les exemples que prennent elles-mêmes les personnes interrogées ou leurs omissions sont des indications très précieuses de leur conception de la Cinquième République. En outre, les interviews directives sont parfois critiquées en ce qu'elles ne permettent pas (ou moins bien que les deux autres modalités

conditions de) la possibilité d'une connaissance objective. L'article déjà cité de J. POUPART rend bien compte du débat et de ses implications. Voir également le numéro 35, vol.9 de la *Revue Politix* (année 1996, partie « Débat ») qui rend également compte de ces problèmes.

²⁵⁶⁷ Pour une présentation de ces différentes modalités d'entrevue, voir E. FASSIN, « Décrire. Entretien et observation », in D. FASSIN et Y. JAFFRÉ (dir.), *Sociétés, développement et santé*, Ellipses, Coll. « Médecine tropicale », 1990, p. 11.

²⁵⁶⁸ Voir p. 51 et s.

²⁵⁶⁹ Nous empruntons cette distinction à P. RAGOUET, « Usages probatoire et exploratoire de l'entretien unique : éléments de discussion à partir de l'étude de deux travaux de sociologie des sciences », *Sociologie et sociétés*, vol. 32, n°1, 2000, p. 171-195. Le terme « falsificateur » serait plus juste. Nous suivons en cela K. R. POPPER, *Logique de la découverte scientifique*, trad. franç. par THYSSEN-RUTTEN N. et DEVAUX Ph., Payot, 1990, p. 36 et s.

²⁵⁷⁰ Notons cependant que « l'entretien d'enquête ne peut pas être réellement non directif, au sens strict, ne serait-ce que parce que c'est l'enquêteur qui demande à l'enquêté de parler sur un thème choisi par le responsable de la recherche » (G. MICHELAT, « Sur l'utilisation de l'entretien non directif en sociologie », *RF soc.*, 1975, 16-2. p. 229). Inversement, l'entretien même dirigé peut échapper à l'enquêteur. Certaines conversations *infra* peuvent en témoigner.

d'interrogatoire) de s'assurer de la compréhension, par le questionné, des interrogations qui lui sont soumises. Aussi souscrivons-nous pleinement à l'affirmation selon laquelle :

Le questionnaire le plus fermé ne garantit pas nécessairement l'univocité des réponses du seul fait qu'il soumet tous les sujets à des questions formellement identiques. Supposer que la même question a le même sens pour des sujets sociaux séparés par les différences de culture associées aux appartenances de classe, c'est ignorer que les différents langages ne diffèrent pas seulement par l'étendue de leur lexique ou leur degré d'abstraction mais aussi par les thématiques et les problématiques qu'ils véhiculent²⁵⁷¹.

Pour toutes ces raisons, nous avons privilégié l'entretien semi-dirigé. En suivant les méthodes proposées par certains professeurs en sociologie, nous avons élaboré une grille qui permettait à la fois d'orienter la discussion sur les points qui présentaient un intérêt tout particulier pour notre recherche, sans pour autant imposer à notre interlocuteur le point de vue dont nous étions tributaires. En ce sens, ces entretiens devaient être falsificateurs puisque nous testions nos conceptions auprès de ces acteurs ; mais ils devaient demeurer partiellement exploratoires car peut-être avons-nous, sans le savoir, ignoré certaines problématiques importantes, fût-ce seulement aux yeux des acteurs. En outre, ces entretiens devaient nous permettre de saisir, en creux, la conception de la Cinquième République qui meut ou mouvait chacun des protagonistes.

3. LA GRILLE D'ENTRETIEN SEMI-DIRIGÉ

491. Sont ici présentées, à titre indicatif, les questions-types que nous entendions poser aux différentes personnes interrogées. Évidemment, pour chacune d'elles la grille d'entretien était adaptée à leur(s) fonction(s), au contexte politique qu'elles avaient connu, au temps qu'elles entendaient nous consacrer, etc. Globalement, nous souhaitions appréhender avec elles les rapports de pouvoir qui façonnaient les relations des différents acteurs entre eux au sujet des nominations. De plus, nous n'avons pas souhaité évoquer avec nos interlocuteurs des nominations précises qui ont pu faire débat en leur temps. Nous souhaitions qu'ils décident eux-mêmes des exemples qu'ils prendraient. Ils en citèrent très rarement, ce qui est éminemment révélateur pour l'observateur.

²⁵⁷¹ P. BOURDIEU, J.-C. CHAMBOREDON et J.-C. PASSERON, *Le Métier de sociologue*, Mouton, 1983. Encore qu'en l'occurrence, une certaine communauté de culture et de classe sociale des personnes interrogées est à noter.

- Rôle du secrétaire général du Gouvernement/secrétaire général de l'Élysée en général et sur les nominations.
- Rapport du secrétaire général du Gouvernement avec le secrétaire général de l'Élysée et réciproquement au sujet des nominations.
- Rôle du président de la République, du Premier ministre et des ministres en la matière.
- Le cas échéant, interrogation sur la cohabitation.
Précision sur les situations d'alternance éventuelle.
Identification des influences de chacun sur les choix effectués.
- Domaines importants pour le président de la République en matière de nomination. Lien avec le « domaine réservé ».
- Interrogation sur le choix des ministres et la composition de l'équipe ministérielle.
- Interrogation sur l'influence des données extérieures :
 - Importance d'une jurisprudence donnée.
 - Influence éventuelle des médias.

II. COMPTES RENDUS DES ENTRETIENS

Les entretiens sont retranscrits au présent. Les initiales de chaque locuteur figurent au début de chaque intervention. À la différence de certains sociologues, nous ne pensons pas qu'il soit utile de retranscrire le discours aussi fidèlement qu'il a été prononcé, ce qui rend parfois la lecture abrupte. L'oralité est cependant restituée, à l'exception de quelques erreurs de syntaxe qui se glissent parfois dans les échanges et de quelques répétitions de questions. En revanche, nous avons établi la ponctuation au plus près possible du mouvement du discours. Les intonations et expressions corporelles utiles sont précisées entre crochets. Les silences longs sont notés : [*Silence*]. Nous n'avons rendu compte des hésitations et silences courts que lorsque cela nous a paru nécessaire en les notant : [...]. Nous avons explicité les éléments implicites du discours en les mentionnant entre crochets et avons ajouté, au besoin, une note infrapaginale.

Nous reproduisons ici, après relecture et accord des intéressés, les entretiens tels qu'ils ont été enregistrés. En revanche, ne figurent ni les premiers moments – prise de contact et présentation – ni la fin de l'échange – le départ. Ne sont pas retranscrits les propos que nos interlocuteurs souhaitaient garder secrets.

Entretien avec M. Renaud DENOIX DE SAINT MARC, le 6 juin 2013

C'est parce qu'il est un ancien secrétaire général du Gouvernement que j'ai souhaité rencontrer M. Renaud DENOIX de SAINT MARC. Le rendez-vous était fixé à 16h au Conseil constitutionnel, le 6 juin 2013. Après m'être présentée et avoir exposé à R. DENOIX de SAINT MARC l'objectif du rendez-vous que j'avais sollicité, j'ai obtenu de lui l'autorisation d'enregistrer notre entretien. Il m'annonce qu'il pourra me consacrer trente minutes environ.

Durée de l'enregistrement : 35 min.

LS : Alors, je vais commencer par quelques questions générales. Donc vous avez été secrétaire général du Gouvernement...

RDSM : ... Oui je crois que c'est vrai ça.

LS : C'est vrai ! Alors je suis bien renseignée ! Entre 86 et 95 ?

RDSM : Oui.

LS : Ça fait une belle période : vous avez vu deux cohabitations...

RDSM : Trois [*Sans rire*].

LS : [*Surprise*]

RDSM : Parce que vous oubliez ROCARD-MITTERRAND. [*Sourire*]

LS : Ah voilà ! C'est ça ! [*Rires*]. Exactement.

RDSM : Non, c'est une boutade. Enfin ce n'est pas tout à fait une boutade.

LS : Oui! Alors, comment définiriez-vous le rôle que vous aviez à jouer, en tant que secrétaire général du Gouvernement, spécifiquement sur les nominations. Peut-être de façon plus générale déjà et puis sur les nominations en particulier ?

RDSM : Vous savez, le secrétaire général du Gouvernement n'a pas fonctionnellement, dans ses attributions, une sorte de pouvoir de sélection des candidats à la nomination par le président de la République. Le secrétaire général du Gouvernement n'a pas à dire : « Tiens, ça serait bien que Dupont, préfet des Deux-Sèvres devienne préfet de Région à Poitiers. » Ça, c'est tout à fait exclu. Le secrétaire général du Gouvernement, il n'a que la mécanique juridique entre les mains mais pas du tout l'opportunité politique de savoir si c'est Pierre, Paul ou Jacques qui doit être nommé ou... et même en amont s'il faut commencer par dégommer Dupont ou Durant.

Ça peut être un peu différent pour certaines nominations : par exemple les nominations des

conseillers d'État au tour de l'extérieur²⁵⁷². Il n'est pas interdit au secrétaire général du Gouvernement qui connaît, *a priori*, le corps, de faire valoir, au moins au Premier ministre, l'inopportunité ou l'opportunité de nommer tel ou tel conseiller d'État ou maître des requêtes au tour de l'extérieur ; ou le dire ou le faire dire à l'entourage proche du président de la République : le secrétaire général de l'Élysée ou le directeur de cabinet du président de la République – enfin les gens qui ont un pouvoir d'appréciation, ou de filtrage en tout cas, dans les propositions du Premier ministre ou dans les décisions du président de la République. Mais ça, c'est marginal, ça tient à la personnalité du secrétaire général, ça tient à ses liens de confiance avec le Premier ministre et le directeur de cabinet du Premier ministre et les relations qu'il entretient avec l'entourage du président de la République. Cette façon d'orienter un peu le choix de l'autorité de nomination tient à un facteur personnel et à un facteur touchant au poste en question. Comme le secrétaire général du Gouvernement a toujours été un membre du Conseil d'État, c'est effectivement du côté du Conseil d'État qu'il a le plus l'œil. Mais en dehors de ça, le secrétaire général du Gouvernement s'occupe simplement de la mécanique juridique : est-ce qu'il y a un poste vacant ? Est-ce que la personne qu'on veut nommer remplit les conditions, dans les cas où cette nomination est subordonnée à des conditions ? Etc., etc. Il instruit le dossier sous l'angle juridique et non pas du tout sous l'angle de l'opportunité. Quand il s'occupe de l'opportunité c'est qu'il sort un petit peu de son rôle [*Sourires*].

LS : D'accord. Et, justement, à cet égard, vous évoquiez le secrétaire général de l'Élysée. Lui aurait plus un rôle politique à jouer ?

RDSM : D'une façon générale ?

LS : Oui.

RDSM : Bien d'une façon générale, oui... L'Élysée et Matignon, enfin le cabinet du Premier ministre et le secrétariat général de la présidence, apprécient l'opportunité. Ils disent : « Moi, je voudrais que ce soit M. Martin qui soit nommé dans telle fonction. », et c'est au secrétaire général [du Gouvernement] de vérifier que M. Martin remplit les conditions pour être nommé. Voilà. Et s'il remplit les conditions, bien ma foi, il n'y plus qu'à préparer le projet de décret.

LS : D'accord. Et alors vous parliez justement de la mécanique juridique : il y a deux choses qui m'intéressent sur ce terrain là. Il y a déjà...

RDSM : ... Les emplois à discrétion qui ne posent pas beaucoup de problèmes juridiques.

²⁵⁷² Sur les nominations au tour extérieur, voir en particulier p. 417 et s. de la thèse.

LS : ... Certes. Mais sur la mécanique juridique, est-ce que vous avez pu sentir un changement sur le rôle respectif du président de la République et du Premier ministre, notamment pour les nominations délibérées en Conseil des ministres ? Une part de la doctrine fait valoir que le décret de 85²⁵⁷³ avait allongé la liste des nominations pourvues en Conseil des ministres et que, par ce biais, le président MITTERRAND s’octroyait, élargissait, disons, son pouvoir...

RDSM : Oui, ça a été dit.

LS : Est-ce que ça a été vécu comme ça ?

RDSM : Il faudrait que vous interrogiez Jacques FOURNIER²⁵⁷⁴ là dessus puisque c’est lui... Vous l’avez rencontré non ?

LS : Pas encore, non. Vous êtes le premier que je rencontre.

RDSM : C’est lui qui a préparé ce décret. Alors, que ça ait été un effet heureux pour le président de la République d’allonger la liste des nominations en Conseil des ministres, c’est possible, c’est même probable²⁵⁷⁵. Mais que ça ait été l’objectif numéro 1 de la présidence de la République et du secrétariat général du Gouvernement, c’est douteux. Mais vous poserez la question à Jacques FOURNIER, il vous répondra.

LS : D’accord...

RDSM : ... C’était avant moi.

LS : D’accord. Alors c’est une question qui traverse la doctrine juridique. Il est dit parfois que le président de la République aurait un pouvoir de nomination plus important, au moins en termes d’influence, que le Premier ministre. Or, justement, vous qui avez vu les cohabitations, au moins deux...

RDSM : ... Ah bien oui ! Pour toutes les nominations en Conseil des ministres, tant que le président de la République n’a pas mis « oui » sur le projet d’ordre du jour du Conseil des ministres que le secrétaire général lui apporte le lundi, on ne peut pas les inscrire. Ça, c’est absolument certain ! Dans la première cohabitation, le président de la République ne faisait

²⁵⁷³ Décret n°85-834 du 6 août 1985 *relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales* modifiant le décret n°59-587, *JORF*, 7 août 1985, p. 9007.

²⁵⁷⁴ Il s’agit du prédécesseur de M. DENOIX de SAINT MARC au secrétaire général du Gouvernement. Jacques FOURNIER a occupé ce poste entre le 30 juin 1982 et le 26 mars 1986, date de la nomination de M. DENOIX de SAINT MARC. Nous avons contacté J. FOURNIER qui nous a renvoyée à son ouvrage *Itinéraire (...), op. cit.*

²⁵⁷⁵ J. FOURNIER (*in Itinéraire (...), ibid.*, p. 331) et J.-L. BIANCO, dans l’entretien qu’il nous a accordé (p. 666), confirment que le décret de 1985 avait bien pour objectif premier de permettre au président de la République de garder la mainmise sur les nominations qu’il jugeait importantes.

pas obstacle de principe au changement de titulaire de telle ou telle fonction, mais il tenait absolument à ce que la personne qui était démise de ses fonctions reçoive une autre affectation qui lui paraisse honorable. Je dois dire qu'en 1981-82, le souci du président de la République – le même [*Sourire*] – et du Premier ministre – c'est-à-dire Monsieur MAUROY – n'était pas le même. Ils n'ont pas marqué beaucoup de considération à l'égard des personnes qui se voyaient privées de leur emploi d'administration centrale ou de préfecture – pour prendre les exemples de nomination les plus fréquents –, ou de recteur d'académie, par l'effet du changement de 1981. Mais, en 1986, c'est vrai que le président de la République était très soucieux de savoir ce qu'il advenait de la personne qui devait quitter l'emploi pour lequel on proposait un successeur. Et le nombre de fois où le président MITTERRAND m'a posé la question de savoir ce qu'on faisait du prédécesseur... Il disait : « Je ne m'oppose pas à ce qu'on nomme M. Martin préfet de tel département ; mais que va-t-on faire de M. Dupont qui est, à l'heure actuelle, titulaire ? ». Alors il fallait que le secrétaire général du Gouvernement s'enquière à l'avance des intentions du Premier ministre, du ministre de l'intérieur sur l'avenir de M. Untel. Et il était difficile de faire au président de la République des promesses fallacieuses. En disant : « Hé bien le ministre de l'intérieur, M. PASQUA, a beaucoup d'estime pour M. Martin, et il va très certainement le nommer dans une autre préfecture ». Ça, ça ne marchait pas très bien... Il fallait tout de même qu'il y ait un peu plus d'assurance...

Donc le président de la République attachait pas mal d'importance au sort des personnes démises. Plus qu'aux personnes qu'on nommait. Il est très rare qu'il se soit opposé à des nominations nouvelles... J'ai quelques cas en tête où le président de la République disait : « Oui j'accepte que M. X soit démis de ses fonctions mais pas au profit de M. Y, parce que ce M. Y je lui reproche telle ou telle chose ». Donc le président de la République ne découvrait pas le mercredi matin les nominations qu'on lui proposait. C'était préparé à l'avance. Il y a des ministres qui avaient l'occasion de rencontrer le président de la République : le ministre de la Défense, le ministre des Affaires étrangères, le ministre de l'Intérieur qui avaient des rendez-vous à peu près réguliers avec le président de la République. Alors il était possible que, à l'occasion de ces entretiens, ils commencent à lui faire part des perspectives qu'ils envisageaient. Et pour être tout à fait précis, en ce qui concerne le ministère de la Défense, parce que le président de la République faisait jouer à plein ses prérogatives en matière de Défense nationale... Donc il arrivait que le secrétaire général du Gouvernement, lorsqu'il présentait le projet d'ordre du jour du Conseil des ministres au président de la République, avec des noms à proposer, trouve un président de la République qui était déjà plus ou moins

au courant. Ce n'est pas vrai dans tous les cas. Il n'était pas forcément au courant de toutes les nominations... de directeur à la culture ou... au ministère de l'agriculture ou au ministère... des anciens combattants, au ministère de l'équipement, Il avait pu entendre des bruits par son entourage mais enfin... Et là il posait des questions : savoir ce qu'on allait faire du prédécesseur, quel était le *pedigree* de la personne qu'on voulait nommer, etc. Donc, il s'enquerrait de tout ça. Mais ce qui comptait beaucoup pour lui, c'est le sort réservé à ses amis... Enfin, aux gens qui avaient été nommés par des Gouvernements dont il avait la maîtrise.

LS : D'accord. Et en dehors de l'hypothèse de cohabitation, quel était le rôle joué alors soit par le Premier ministre – quand on sait que le Premier ministre a pu entrer en conflit avec le Président pourtant du même bord –, soit par les ministres, les autorités de propositions, ceux qui émettent des avis... ?

RDSM : Vous savez, ça dépend un peu du poids respectif des ministres. Les grands ministres, les ministres qui sont proches du Premier ministre, arrivent en général, sans aucune difficulté, à faire prévaloir leur choix. En revanche, les petits ministres, les gens qui ne voient pas le Premier ministre tous les huit jours, il faut qu'ils mettent un peu de temps pour préparer leur affaire : qu'ils expliquent qu'ils veulent modifier la composition de leur entourage, que telle ou telle personne leur paraît bien, notamment dans leur entourage. Il y a eu beaucoup de nominations faites parmi les cabinets ministériels. Ça c'est quelque chose qu'il faut que vous regardiez : les passages par le cabinet des ministres comme accélérateur de carrière. Enfin, c'est un peu en marge de votre sujet.

LS : Non, non, pas forcément...

RDSM : ... Il est arrivé que le président de la République veuille faire nommer dans un grand corps une personne à laquelle il s'intéressait en raison de l'amitié qui l'avait reliée avec le père de celle-ci. Le secrétaire général de l'Élysée et moi-même avons opposé à ce projet toute notre force d'inertie.

LS : D'accord. Vous parliez de la Défense...et vous visiez implicitement le « domaine réservé », enfin ce qu'on appelle...

RDSM : ... Oui. Alors là, ça se jouait directement entre le ministre de la Défense et le président de la République pour les nominations de généraux... Le secrétaire général du Gouvernement prenait acte des propositions. En général, d'ailleurs, les dossiers étaient très bien instruits à la Défense ; c'est un ministère qui marche bien et ça passait comme ça : c'était réglé d'avance. Mais pour ce qui concerne les recteurs, les préfets, les directeurs

d'administration centrale et certaines nominations au tour extérieur dans les grands corps, ça pouvait attirer l'attention du président de la République parce que c'était des décisions assez largement discrétionnaires.

LS : Et elles l'attiraient en période de cohabitation en particulier ou même hors cohabitation ?

RDSM : Même hors cohabitation.

LS : Même hors cohabitation. Mais exclusivement ou est-ce que... ?

RDSM : Comment « exclusivement » [*Surpris*] ?

LS : Je veux dire, est-ce que, hors cohabitation, le président de la République laissait au Premier ministre ou éventuellement aux ministres le choix des hommes et femmes qui lui étaient présentés ou est-ce qu'il cherchait à avoir un regard... éventuellement sur d'autres domaines ?

RDSM : Écoutez, moi, tels que mes souvenirs peuvent me le rappeler – ils sont déjà lointains parce c'est vieux – c'est un peu selon. Il y a des postes qui paraissent très importants : directeur général de la police nationale, directeur général des impôts c'est important. Directeur de... des relations du travail ou... au ministère de l'agriculture, c'est secondaire quand même. Le président de la République savait faire la hiérarchie entre les nominations.

LS : D'accord. Alors, pour aborder des questions un peu plus précises et pour revenir à ce que vous disiez au début lorsque vous parliez de « mécanique juridique », c'est une question qui s'est posée aussi en doctrine, est-ce que l'arrêt *Meyet*²⁵⁷⁶ de 1992...

RDSM : [*Dubitatif*]

LS : Je ne sais pas si je dois le situer ou... ?

RDSM : [*Sourire*] Qu'est-ce que c'est ça déjà l'arrêt *Meyet* ?

LS : L'arrêt *Meyet* de 1992, c'est cet arrêt dans lequel le Conseil d'État revient en quelque sorte sur la jurisprudence *Sicard*²⁵⁷⁷ et dans lequel il considère qu'un décret qui a été délibéré en Conseil des ministres, alors même qu'aucun texte n'imposait cette délibération, est bien un décret du président de la République qui doit alors être contresigné par le Premier ministre et éventuellement par les ministres responsables²⁵⁷⁸.

RDSM : Oui.

LS : Et est-ce que cette jurisprudence *Meyet*, qui portait sur le pouvoir réglementaire, a eu des

²⁵⁷⁶ CE Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, préc.

²⁵⁷⁷ CE Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, préc.

²⁵⁷⁸ Sur notre analyse de l'arrêt *Meyet* et de ses conséquences, voir *supra* p. 243 et s.

conséquences en 1992 sur la pratique, ou pas du tout ?

RDSM : En matière de nomination, il n'a pas eu d'effet. On connaît les règles ! Le pouvoir du président de la République en matière de nomination, d'actes individuels, est une compétence parfaitement réglée. C'est le pouvoir réglementaire du président de la République qui est beaucoup plus contestable à la vérité – sauf lorsqu'une loi dit que tel décret sera un décret du président de la République ou un décret du président de la République en Conseil des ministres. Mais le président de la République n'est pas une autorité réglementaire de droit commun !) Tandis qu'il est une autorité de nomination de droit commun, sauf erreur, dans la Constitution : « Il nomme aux emplois civils et militaires ».

LS : Oui, oui.

RDSM : Alors il y a ensuite un alinéa qui dit...

LS : ...Qui fait la liste des nominations en Conseil des ministres...

RDSM : Oui, oui. Et délégation, délégation [*il insiste*] du pouvoir de nomination à d'autres autorités. C'est bien comme ça qu'est rédigée la Constitution !

LS : Oui, oui. Mais de sorte que cela pose une question en période de cohabitation : si l'on considère que le président de la République est l'autorité de nomination de droit commun, alors comment se fait-il qu'en cohabitation – en retournant le problème – le Premier ministre reprenne – relativement – la main sur les nominations ?

RDSM : [*Dubitatif*]... Oui, mais il n'empêche que, même si, en 86, le Premier ministre, Jacques CHIRAC, a pu faire nommer un certain nombre de personnes parce qu'il le souhaitait, qu'il voulait qu'ils fussent nommés dans ces emplois, cela n'empêchait pas que s'il fallait un décret en Conseil des ministres, il passait quand même en Conseil des ministres.

LS : [*Acquiescement*] Ce qui fait que le Président gardait...

RDSM : On n'a jamais nommé un préfet sans le Conseil des ministres ou un directeur d'administration centrale sans Conseil des ministres !

LS : D'accord. D'accord. Pour revenir sur les influences : donc à la question de savoir si la jurisprudence *Meyet* aurait eu une influence, finalement, à votre sens non ?

RDSM : Je pense que non.

LS : Bon. D'accord. Et, une autre question sur l'influence que peuvent avoir les discours extérieurs soit juridiques, soit non juridiques : on a vu dans la presse des années 86-88 des journaux parlant de l'« État-CHIRAC » ou de l'« État-PS ». Est-ce que ces considérations là – où chacun faisait la liste après les législatives, avant les présidentielles, des postes qui

avaient été pourvus – ont eu des conséquences sur le second septennat de François MITTERRAND et ont pu modifier quelques pratiques ?

RDSM : [*Silence*] Moi, je ne vois pas de grande différence entre le premier et le deuxième septennat du président de la République, du Président MITTERRAND.

LS : D'accord, donc en dépit de la volonté affichée de faire cesser la valse...

RDSM : Oui.

LS : Alors maintenant de façon beaucoup plus pragmatique, est-ce que vous pourriez décrire, si on prend l'exemple d'une nomination en Conseil des ministres, son circuit, depuis son élaboration jusqu'à la signature, la contresignature, etc. Concrètement : qui intervient, éventuellement les ministres, à quel moment, etc. ?

RDSM : Si vous voulez, parlons des directeurs d'administration centrale. En général, c'est le ministre responsable qui a envie de changer le responsable de telle ou telle administration, parce que sa tête lui revient pas, parce qu'il a un copain qu'il veut caser... pour trente-six raisons. Alors il en parle au Premier ministre. Si le Premier ministre est d'accord, si cette personne remplit les conditions – qui sont très peu nombreuses pour être nommé directeur d'administration centrale, c'est vraiment un emploi à discrétion – le cabinet du Premier ministre fait savoir au secrétaire général du Gouvernement que, à échéance de quinze jours ou trois semaines, M. Martin, directeur du patrimoine, sera remplacé par M. Dupont. Alors le secrétaire général du Gouvernement met en œuvre le système : il en parle au secrétaire général de l'Élysée pour qu'il prépare le président de la République ; puis le lundi précédant le Conseil des ministres qui a été retenu pour procéder à ce changement, il arrive avec l'ordre du jour du prochain Conseil des ministres, dans le bureau du président de la République, et dans la partie B de l'ordre du jour, on verra : « sur la proposition du ministre de la culture, M. Martin est nommé directeur du patrimoine en remplacement de M. X ». Le président de la République fait savoir s'il est d'accord ou pas d'accord. Admettons qu'il soit d'accord. On prépare ensuite formellement un projet de décret qui est la chose la plus simple du monde. C'est une opération qui ne pose pas de grande difficulté conceptuelle à être montée et, en général, le secrétaire général du Gouvernement arrive le mercredi matin au Conseil des ministres. Il le fait contresigner à l'avance... [*Rires*] – en espérant que ça ne portera pas malheur au projet de nomination ! – il le fait donc contresigner à l'avance par le ministre dont il s'agit, par le Premier ministre et à l'issue du Conseil des ministres, il le laisse à l'Élysée pour que le président de la République le signe. Mais en général, c'est une pure formalité parce que le communiqué du Conseil des ministres donne la liste des nominations. Donc le

mercredi à midi ou à treize heures, on sait que M. Martin va remplacer M. Durand à la direction du patrimoine et la signature par le président de la République n'est plus que la sanction en quelque sorte. Et cette partie B de l'ordre du jour en Conseil des ministres, en principe, ne donne lieu à aucune discussion. En principe... Si il y a une difficulté qui surgit le mercredi matin, on règle ça avant le Conseil des ministres : on se débrouille pour changer la feuille de l'ordre du jour, afin que les autres ministres qui ne sont pas au courant, par hypothèse, n'y voient rien.

LS : Donc on ne discute pas des nominations pendant le Conseil des ministres ?

RDSM : Enfin, le ministre qui devait proposer, lui, il le sait. Et rien ne l'empêche de le dire à ses voisins !

LS : Oui, oui.

RDSM : Mais enfin, rien n'apparaît.

LS : D'accord, d'accord.

RDSM : C'est *soft* ! ... Mais ça a dû se produire qu'il y ait une objection qui s'élève pendant le Conseil des ministres. Mais moi, en neuf ans, je n'en ai pas connue... mais c'est sûrement arrivé. En général ça prouve que ça a été mal préparé. [*Rires*] Mais moi je n'en ai pas connue.

LS : Oui. Et donc des refus de nomination alors, ça représente... en neuf ans ?

RDSM : Oh une quantité...

LS : ... infime ?

RDSM : Oui c'est... epsilon. Epsilon parce que précisément on essaie quand même de régler tout ça en amont.

LS : D'accord. Donc cela se négocie...

RDSM : Oui, oui, bien sûr... Si on a le moindre doute, si le secrétaire général a le moindre doute dans les quarante-huit heures qui précèdent le Conseil des ministres, il appelle le ministre responsable en lui disant : « Ca marche toujours pour mercredi prochain... ? C'est M. Dupond ? » « Oui c'est M. Dupond. » « D'accord ». Il n'y a pas de difficultés. « Il est majeur, vacciné, il n'a pas été condamné à une peine afflictive et infamante ? » On essaie de régler tout ça... Mais ça n'a rien de juridique. C'est du travail administratif de bas étage. Même si quelquefois, c'est des affaires un peu explosives parce que ça tient à la personne à qui on a promis quelque chose, ça tient aux relations entre un ministre et le Premier ministre. Il y a des ministres qui sont très jaloux de leurs prérogatives, et si le Premier ministre leur refuse quelque chose, ils seront extrêmement froissés. Un type comme Philippe SÉGUIN était

un homme très vindicatif et il était capable d'avoir des colères absolument homériques. Mais vous voyez tout ça, ce n'est pas du droit...

LS : Oui... Certes.

RDSM : Quelques fois, ces histoires de nominations, qui juridiquement posent très peu de problèmes, peuvent être l'occasion de tensions au sein du Gouvernement, de tensions entre Matignon et l'Élysée, même dans des périodes de non cohabitation, parce que le président de la République... Il peut y avoir des présidents de la République qui peuvent être ombrageux, vindicatifs, même en dehors de périodes de cohabitation. GISCARD n'était pas commode en la matière, même avec ses premiers ministres, même avec Raymond BARRE.

LS : Et de même, vous parliez des relations entre Michel ROCARD et François MITTERRAND...

RDSM : Michel ROCARD et François MITTERRAND aussi. C'est pour cela que je disais que j'ai connu trois cohabitations. MITTERRAND méprisait Michel ROCARD et lui montrait parfois. Et puis l'entourage, CHARASSE, BIANCO, étaient anti-rocardiens.

LS : Et ça se ressentait s'agissant des nominations ?

RDSM : Oui, oui, ça a pu se sentir.

LS : D'accord. Et vous parliez tout à l'heure de la Défense, sur laquelle François MITTERRAND...

RDSM : ... Ça, en général, c'était réglé par l'État Major particulier du président de la République et le cabinet du ministre de la Défense.

LS : D'accord. Donc par le biais de son État-major, il exerçait...

RDSM : Il y a une logique propre aux armées... La marche aux étoiles...

LS : D'accord. Alors en dépouillant les archives nationales c'est quelque chose qui apparaît, au moins en filigrane : chaque Président porte un intérêt différent aux nominations selon les domaines dans lesquels elles interviennent. Quelles étaient les nominations les plus importantes pour François MITTERRAND ? Vous me parliez donc des recteurs, des préfets, directeurs d'administration centrale...

RDSM : ... Certains directeurs.

LS : Oui. Dans les grands ministères.

RDSM : ... Les grandes directions : de l'intérieur, des finances, des affaires étrangères bien sûr. Ça c'était important. Et puis...

LS : ... Les entreprises publiques ?

RDSM : Oui, oui. Les grandes entreprises publiques.

LS : Les grands établissements publics ?

RDSM : Oui, oui.

LS : Les nominations en Conseil des ministres en particulier donc ?

RDSM : Oui, mais vous savez, il y a des nominations de directeurs un peu... de direction un peu croupion... Ça s'est un peu arrangé quand même. Il y a eu un phénomène d'attrition et de diminution du nombre de directions par rapport à mon époque. En face – je regarde la culture puisque je la vois de mes fenêtres [*Il regarde par la fenêtre de son bureau au Conseil constitutionnel qui donne sur le Ministère de la culture*] – il y avait la direction de la danse, la direction de l'art graphique, la direction du dessin, la direction de la peinture, la sous-direction de l'entrechat, les services de la galipette...

LS : [*Rires*] Beaucoup de nominations !

RDSM : [*Rires*] Oui, oui ! On avait décomposé l'ensemble des...

LS : ... des raffinements culturels !

RDSM : Oui ! Il devait y avoir la direction de la tragédie, la direction de la comédie, la direction de l'opéra comique... Enfin, je caricature à peine. C'était...

LS : Oui, oui. Et est-ce que la structure de ces administrations...

RDSM : Enfin, ça a été fusionné quand même. Il y a eu un effort d'économie et de rationalisation.

LS : D'accord... Bon, sur ces relations de pouvoir qui sont celles sur lesquelles je tenais à vous interroger, je pense que j'ai à peu près fait le tour. Est-ce qu'il y a des choses que vous auriez voulu me dire auxquelles je n'ai pas pensé ?

RDSM : Écoutez, comme ça, je ne vois rien. Je crois qu'on a fait le tour. Pour le secrétaire général, ce n'est pas essentiel. Non, ce que vous pouvez dire, c'est que le secrétaire général peut quelquefois influencer sur les choix des ministres ou du Premier ministre lorsqu'il connaît bien les gens dont il s'agit : celui qu'on veut remplacer ou celui qu'on veut appeler, surtout celui qui est appelé à remplacer. Il ne lui est pas interdit, enfin, dans la mesure où il entretient des relations de confiance avec le Premier ministre – moi ça a toujours été le cas, même avec les Premiers ministres socialistes – de dire : « Attention, on propose de nommer Pierre Durant. Vous savez je le connais... Vérifiez quand même. » Et puis alors pour les nominations en Conseil d'État, là... j'ai pu être quelquefois un peu plus insistant, quand la personnalité

qu'on voulait nommer ne me paraissait pas tout à fait idoine. Enfin, finalement, ce n'est que de l'influence...

LS : Oui, oui.

RDSM : « Vous faites ce que vous voulez. Enfin, moi, voilà ce que je pense ».

LS : D'accord. Rien d'autre donc ?

RDSM : Si ! Ce qui serait intéressant, j'espère que vous aurez le temps de voir, c'est la nouvelle procédure d'avis des commissions.

LS : Oui bien sûr. C'était mon objet de mémoire de recherche. Mon premier travail de recherche portait là-dessus.

RDSM : Enfin, pour le moment il n'y a pas grand chose.

LS : En pratique non. Mais en droit, ça dit déjà beaucoup de choses. C'est très intéressant.

RDSM : Oui, oui. Et bien bon courage.

LS : Je vous remercie.

Fin de l'enregistrement. Nous prenons congé.

Entretien avec M. Frédéric SALAT-BAROUX, le 11 juin 2013

C'est parce qu'il a été secrétaire général de l'Élysée (2005-2007), mais également secrétaire général adjoint (2002-2005) et membre du Cabinet présidentiel en période de cohabitation (conseiller social 2000-2002), qu'il m'a semblé opportun de rencontrer Me Frédéric SALAT-BAROUX. Le rendez-vous était fixé à 9h45 au Cabinet Weil, Gotshal & Manges, à Paris, le 11 juin 2013. Après m'être présentée et avoir exposé à F. SALAT-BAROUX l'objectif du rendez-vous que j'avais sollicité, j'ai obtenu de lui l'autorisation d'enregistrer notre entretien.

Durée de l'enregistrement : 39 min

LS : Je vais commencer par des questions générales. Est-ce que vous pourriez définir ce qu'est pour vous le rôle du secrétaire général de l'Élysée ? En général, et puis spécifiquement sur les nominations ?

FSB : Il y a autant de rôles que de couples président/secrétaire général. Celui-ci est celui qui prépare ou relaie la parole ou la prise de décision du président. Il est là pour lui alléger la tâche dans tous les domaines de façon à ce qu'il puisse se concentrer sur l'essentiel. C'est la fonction permanente. Ensuite, en fonction des caractéristiques de chacun, certains secrétaires généraux vont faire plus de questions internationales ou ne pas en faire... Moi, par exemple, je ne traitais pas de questions internationales. Certains vont être, au contraire, centrés sur les questions politiques – comme Dominique DE VILLEPIN –, d'autres se consacreront, outre les questions politiques qui, de toutes façons, sont du ressort du secrétaire général, aux questions techniques. En outre, je faisais les discours principaux parce que j'estimais qu'il ne fallait pas seulement relire la parole, mais il fallait...

LS : ... La formuler aussi.

FSB : ... La formuler aussi. Donc il y a autant de secrétaires généraux que de couples président/secrétaire général. C'est toujours un équilibre spécifique entre eux et il est fondé, nécessairement, sur une confiance totale.

LS : Et vous avez été aussi secrétaire général adjoint... ?

FSB : J'ai été conseiller social, secrétaire général adjoint...

LS : Oui. Conseiller social à partir de 2000...

FSB : Oui.

LS : D'accord. Donc vous avez pu voir différentes configurations aussi. Et sur les nominations, alors, en tant que conseiller social éventuellement, mais aussi entre 2002 et 2005 en tant que secrétaire général adjoint et, en tout cas, entre 2005 et 2007 en tant que secrétaire

général de l'Élysée, quelle fonction était la vôtre ? Comment définiriez-vous ce rôle, si vous aviez ou non un rôle à jouer sur le terrain des nominations ?

FSB : La fonction du président ou celle du secrétaire général ?

LS : Je veux bien d'abord votre avis sur la fonction du président en la matière mais ensuite, c'était ma question, la fonction du secrétaire général en matière de nomination.

FSB : Le Président a une fonction qui est institutionnelle, c'est-à-dire que toutes les nominations en Conseil des ministres sont nécessairement de son ressort. On y retrouve les nominations les plus importantes.

Il a, par ailleurs, un pouvoir d'évocation, comme toujours dans la Cinquième République, sur tout ce qui peut lui paraître important ou en fonction de ses centres d'intérêt propres. Jacques CHIRAC se mêlait assez peu des nominations dans le secteur économique à l'exception d'un ou deux cas où il a décidé contre la technocratie de Bercy : notamment la nomination du directeur général de la Caisse des Dépôts et Consignations en 2002²⁵⁷⁹. Mais en revanche, il examinait aussi les nominations dans le secteur social, à l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, par exemple, institution à laquelle il attachait toujours beaucoup d'importance.

En pratique, c'est une alchimie. C'est-à-dire qu'il ne peut pas y avoir de nomination sans que ce soit dans un dialogue avec les ministres qui la proposent. Il n'y a que rarement une nomination imposée par le président de la République contre tout le monde ; ça peut exister, mais c'est très rare. Les situations dans lesquelles il y a désaccord entre le président de la République et le Premier ministre sur une nomination sont aussi des cas assez rares, difficiles à gérer pour le président de la République parce que c'est souvent une blessure d'amour-propre pour le Premier ministre de se voir infliger un refus alors qu'il y tient. On a connu ça à deux ou trois reprises avec Jean-Pierre RAFFARIN. Les choses se décantent assez naturellement et tout le monde finit d'accord sur un choix.

Le secrétaire général a un rôle important, très important, dans les nominations. D'abord parce qu'il peut, compte tenu de son parcours, avoir une vraie autorité sur certains sujets. Par exemple, moi je connaissais bien le social. Probablement que Claude GUÉANT sur les questions de sécurité était assez incontournable aussi. Après, il y a le pouvoir d'instruction : il faut voir les gens, les candidats, il faut donner un avis, il faut donner un

²⁵⁷⁹ Francis MAYER a été nommé à ce poste par décret du 19 décembre 2002 *portant nomination du directeur général de la Caisse des dépôts et consignations*, *JORF* du 20 décembre 2002, p. 21223

conseil... il faut chercher à comprendre ce qui ne se voit pas. C'est-à-dire qu'une personne peut avoir eu une histoire : tout paraît lisse et, en réalité, à partir du moment où « il passe au-dessus des écrans radars », à ce moment là, soit son parcours, soit la façon dont il a exercé certaines fonctions fait que ça peut prendre un mauvais tour politique. C'est aussi la fonction du secrétaire général : chercher à savoir cela de façon à protéger le Président. Sa mission est d'instruire, de protéger et de préparer les nominations dans les meilleures conditions.

Il y a des nominations qui sont aussi plus politiques, plus visibles et qui sont des nominations de bon équilibre : c'est le cas des autorités administratives indépendantes. C'est le Conseil constitutionnel, bien sûr et les autorités administratives indépendantes où le pouvoir de nomination est partagé. Il y a des fonctions qui sont majeures. La fonction de président du Conseil constitutionnel nommé par le président de la République, c'est la stricte affaire du président. Le secrétaire général aurait une autre idée que ça ne marcherait jamais. On est au cœur du pouvoir présidentiel, d'ailleurs, tel que le définissait le général DE GAULLE qui s'est exprimé sur ce sujet. Pour lui, le lien entre le président de la République et le président du Conseil constitutionnel doit être direct et absolu. Cette nomination est à part. Pour les autres, ce sont des problèmes d'équilibre entre les autorités de nomination (président de la République, présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat) et d'équilibre des trois nominations [auxquelles les trois autorités de nomination procèdent] ; le travail du secrétaire général est assez difficile puisqu'il est là pour essayer d'aider à trouver le bon profil pour les trois nominations. Et il faut trouver un bon équilibre de façon à ce que ça apparaisse juste et non contestable sur le plan politique. Or, les deux autres autorités, président du Sénat et président de l'Assemblée, sont assez jalouses de leur prérogative ; ainsi, parfois on y arrive, parfois on n'y arrive pas. Tout ça se discute, se négocie. Si le secrétaire général n'y arrive pas, il faut que le Président monte au créneau, et parfois le Président n'arrive pas lui-même à imposer une solution que ne veulent pas les autres autorités de nomination.

LS : D'accord.

FSB : Mais c'est très important, c'est très regardé. Une nomination au CSA est très regardée : est-ce qu'elle est politique ? Est-ce qu'elle est technique ? Est-ce que ce sont des journalistes qu'on « récompense » ? Quel message envoie-t-on en terme d'indépendance de l'information ?

Ensuite il y a une troisième grande catégorie, ce sont les grands corps de l'État avec les tours extérieurs. Là tout dépend des périodes. En début de cycle...

LS : À l'installation de l'équipe... ?

FSB : ... Au moment de l'installation. C'est le moment le plus simple, parce que l'on peut donner tout son sens à ces nominations au tour extérieur, c'est-à-dire promouvoir des directeurs d'administration centrale qui commencent à être un peu au bout de leur fonction et qui aspirent... Un directeur du budget qui aspire à aller soit à l'inspection des finances, soit à la section des finances du Conseil d'État. Tout ça, ce sont des nominations qui vont de soi et qui entrent dans l'objet même du tour extérieur.

Ensuite, plus on s'approche des échéances, plus les choses deviennent compliquées. Parce qu'il y a aussi tous ceux qui veulent réorienter leur carrière, soit de la classe politique, soit des cabinets, qui ont des mérites... ou qui n'en n'ont pas [*Sourires*], et en tout cas qui sont candidats. Et là, c'est compliqué parce que se mélangent un certain nombre de choses : des critères objectifs et puis des critères de fidélité, de situation des uns, des autres. On est là dans une des dimensions difficiles des fonctions du secrétaire général parce qu'il est là pour prendre les coups à la place du Président. Et je me suis rendu compte d'ailleurs, les années passées, à quel point j'ai pu me faire énormément d'ennemis. C'est-à-dire l'incompréhension de personnes qui n'ont pas compris pourquoi, bien qu'étant ancien ministre et parlementaire, on avait préféré ne pas les nommer à l'inspection des finances plutôt que... et qu'on ait nommé quelqu'un qui était plus technicien. Donc c'est l'incompréhension ; et là, c'est le secrétaire général qui assume, et qui assume seul. Donc là, le jeu de rôle est... Il ne faut d'ailleurs même pas en parler, enfin quasiment pas en parler au Président, c'est-à-dire on explique et on assume.

Et puis il y a une ultime catégorie de nominations, ce sont les nominations de fin de mandat où là, je pense, il y a quelque chose de très essentiel, en termes républicains, c'est de veiller à ce que ceux qui ont servi pendant des années le président de la République ne se retrouvent pas handicapés dans leur carrière. J'y ai passé, et on a passé avec le Président CHIRAC, un temps fou dans les derniers mois, à recevoir tout le monde, à définir ce qui était leur souhait de carrière et leurs possibilités, parce que, parfois, les gens ne se voient pas exactement comme ils sont. Il y a un point d'honneur à ce que chacun ait une solution, mais qui soit dans l'ordre républicain, c'est-à-dire que ça ne peut pas être n'importe quoi. Donc il faut à la fois expliquer aux gens que ça ne peut pas être telle ou telle chose s'ils n'ont pas vocation à occuper ces fonctions, mais en revanche il faut trouver une solution pour chacun.

LS : D'accord.

FSB : Ce qui n'est pas du tout cette histoire de testament²⁵⁸⁰, qui est d'ailleurs complètement autre chose. C'est une pratique qui, peut-être, doit-être abandonnée.

LS : Qui a encore beaucoup cours ?

FSB : Nous l'avons réduite au strict minimum, c'est-à-dire à des problèmes de calendrier, de personnes qui ne pouvaient pas être nommées, notamment les tours diplomatiques.

Si on fait le bilan, je pense qu'on a fait vraiment attention et on a plutôt trouvé un équilibre assez juste, si ce n'est sur les grands corps où on n'a probablement pas assez suivi le secrétaire général du Gouvernement²⁵⁸¹, dans la nécessité d'avoir un juste équilibre, entre des gens issus de la technocratie administrative – pour moi le mot technocratie est un mot positif [*Il s'enquiert de ma compréhension du terme*] – qui devaient être nommés et des personnes à qui il fallait trouver une solution. On a eu, dans certains cas, des nominations qui étaient peut-être encore trop politiques.

LS : Donc plutôt à la fin du mandat ?

FSB : Oui, à la fin. Parce qu'on a probablement été trop gentils... [*Sourires*] ce qui est un défaut dans ces fonctions là.

LS : D'accord.

FSB : Voilà. Je ne sais pas si je réponds à votre question ?

LS : Si, si. Très bien. Donc, est-ce que je peux reprendre quelques points que vous avez évoqués ?

FSB : [*Acquiescement*]

LS : Sur le pouvoir d'évocation du président de la République, est-ce que vous pourriez me dire – vous avez cité quelques éléments de ce qui pouvait intéresser le président CHIRAC – quels sont les grands domaines dans lesquels il était particulièrement attentif à ce que ses choix soient suivis ?

FSB : Lui, il avait une vision qui était très « Cinquième République », dans sa lettre, c'est-à-dire laisser les ministres exercer leur fonction, laisser le Premier ministre exercer sa fonction.

LS : D'autres diraient que ce n'est pas très « Cinquième ». [*Sourire*]

²⁵⁸⁰ Les testaments ministériels ou présidentiels consistent pour le Gouvernement ou le président de la République passés à indiquer à leur successeur les noms des quelques individus auxquels ils souhaiteraient qu'un poste soit accordé par la nouvelle équipe. Jacques CHIRAC évoque lui-même cette pratique dans ses mémoires en la présentant ainsi : « Le président sortant communique à son successeur ce qu'on appelle son "testament" et qui n'est rien d'autre, en fait, que la liste de ses "protégés" qu'il souhaite voir reclasser ». (J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 2, *op. cit.*, p. 20)

²⁵⁸¹ Il s'agissait à l'époque de J.-M. SAUVÉ.

FSB : Si, c'est très « Cinquième » parce que le général DE GAULLE l'entendait de cette manière-là. Après, qu'il y ait une dérive...

LS : Le Président CHIRAC a-t-il utilisé son pouvoir d'évocation ?

FSB : Oui. Il l'a vraiment très peu fait... Il y a cependant différents cas : soit un désaccord entre les ministres où chacun a son candidat, soit des visiteurs du soir qui viennent et qui sont eux-mêmes parfois être candidats. C'est assez rare qu'ils aillent directement chez le Président. C'est plutôt le secrétaire général qui les reçoit. Après, il y a aussi tous les hasards qui font le charme de la vie, c'est-à-dire qu'il y a des moments où il faut faire quatre nominations et des raisons d'équilibre entre les uns et les autres font qu'une personne qui n'avait absolument pas ses chances quinze jours avant est nommée. Parce qu'une a bougé, parce qu'il se trouve que l'équilibre auquel il faut toujours veiller – c'est le rôle du secrétaire général qui est un faiseur d'équilibre en réalité, un faiseur d'harmonie, quand il exerce bien ses fonctions – fait qu'une personne qui ne devait pas l'être l'est, ou que quelqu'un d'ultra favori ne va pas l'être. Ce sont des choses que les gens ne peuvent pas imaginer. Parfois des gens sont nommés jusqu'à une seconde avant et peuvent ne plus l'être lorsque le secrétaire général descend dans l'escalier.

LS : D'accord. On a vu, au moins sur la fin du mandat et du Gouvernement VILLEPIN, des tensions avec certains ministres. Est-ce que, à l'inverse, le président CHIRAC a dû accepter, concéder certaines nominations pour apaiser... ?

FSB : Non. Non, jamais parce que contrairement à ce qu'on pense... Vous faites allusion à Nicolas SARKOZY ?

LS : Oui, notamment.

FSB : Non. Aussi étonnant que cela puisse paraître de l'extérieur, il était dans une attitude parfois frondeuse en communication extérieure, mais toujours de très grand respect à l'intérieur. Jamais il n'aurait... Il a pu avoir le mot de trop à l'extérieur mais en revanche, jamais dans l'exercice des fonctions... On n'a jamais eu de divergences de fond et au contraire le respect de la fonction présidentielle dans son exercice. Ce qui lui a permis probablement de continuer à exercer ses fonctions.

LS : Et dans le rapport avec le Premier ministre, de la même manière ?

FSB : En réalité oui.

LS : D'accord.

FSB : Au-delà de l'apparence des choses, les responsables politiques ont le sens de l'intérêt

général, c'est-à-dire qu'on ne fait pas n'importe quoi sur l'essentiel des sujets. Il y a peut-être eu un sujet où la frontière a été passée, mais sur l'essentiel.

LS : D'accord. Je reviens sur un autre point dont vous avez parlé : le pouvoir d'instruction du secrétaire général. Vous avez évoqué l'existence de critères objectifs, alors qu'on sait que pour les emplois à discrétion, par hypothèse, de critères objectifs il n'est pas forcément question. Mais à la fin de son mandat, le Président CHIRAC évoquait l'idée de chercher plus d'équilibre homme/femme, plus d'équilibre dans la diversité etc., ce qui a donné lieu au rapport POCHARD ensuite²⁵⁸². Est-ce vous fixiez, en amont, avec lui, sur chaque poste, ces critères objectifs ? En outre, vous avez évoqué plusieurs fois la recherche d'équilibre : est-ce en termes d'équilibre des compétences, en termes d'équilibre politique... ?

FSB : Oui, c'est un ensemble. C'est-à-dire qu'il y a le poste, il faut déterminer ceux qui peuvent l'exercer. Et puis, ensuite, quand il y a plusieurs nominations ou qu'il y a séquence de nominations, il faut regarder. Il faut signifier quelque chose qui ne soit pas dans l'arbitraire politique, qui ait du sens sur le plan technique et qui montre un équilibre dans la politique de nomination.

LS : Et il arrive souvent que les ministres proposent plusieurs noms au Président ?

FSB : Ça peut arriver. En général ils ont plutôt un candidat. Parfois c'est le même pour tout le monde. Il y a des personnes qui s'imposent comme vraiment allant de soi. Et puis, plus un ministre réussit, plus il est crédible, plus en réalité, c'est à lui d'en décider.

LS : D'accord. Et vous parliez aussi des nominations au Conseil constitutionnel. J'ai en tête l'arrêt *Mme Ba*, qui ne vous est pas complètement étranger je crois²⁵⁸³ [Sourires]. J'ai une question sur l'interprétation que la doctrine a faite de cet arrêt, et parfois de vos conclusions. Êtes-vous d'accord pour dire que le Conseil d'État s'est déclaré incompétent en y voyant un acte de gouvernement ?

FSB : Oui, bien sûr.

LS : Donc, il ne vous a pas suivi sur vos conclusions. Est-ce que vous pensez que la révision

²⁵⁸² M. POCHARD, *La Diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2007, 41 p.

²⁵⁸³ CE Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, préc.

F. SALAT-BAROUX, alors commissaire du Gouvernement près l'assemblée du contentieux, a rendu les conclusions sur cette affaire qui concerne la nomination du président du Conseil constitutionnel par le président de la République. En l'occurrence, était attaquée la décision du Président CHIRAC de nommer Pierre MAZEAUD à ce poste. Voir nos développements sur la question, p. 532 et s.

de 2008, avec l'avis des parlementaires sur les nominations, peut changer la donne à ce niveau là ?

FSB : Je ne crois pas parce qu'il y avait vraiment dans cette décision la volonté de maintenir ce qui peut rester comme acte de gouvernement ultime. Moi, ce n'était pas l'appréciation qui me paraissait la bonne... Il faut laisser une appréciation mais contrôler, au moins, la procédure...

LS : Un contrôle minimum.

FSB : Oui qu'il y ait un contrôle minimum. Je pensais que c'était une façon de montrer que l'État de droit doit progresser encore dans ces domaines ultra-régaliens.

LS : Vous pensez que cette solution demeurera ?

FSB : Je pense que oui. Je pense que ce n'est pas non plus... Enfin, moi, j'étais très engagé [Rires]. J'en suis d'ailleurs encore déçu quinze ans après, très déçu même quinze ans après. Mais je pense que c'est une catégorie qui doit disparaître. Le juge, surtout le juge administratif qui a une bonne compréhension de l'administration ne fera jamais n'importe quoi. Je pense qu'il vaut mieux tout contrôler, et contrôler intelligemment, que de laisser penser que, en réalité, il y a un arbitraire de l'État qui reste sans juge. Voilà, tout peut...

LS : D'accord. Je suis navrée d'avoir remué le couteau dans la plaie [Sourire]...

FSB : Non, non, c'est... [Rires]

LS : Vous évoquiez aussi cette « règle républicaine », dont d'autres parlent, sur l'avenir de ceux qui ont servi l'État. Sauf erreur de ma part, vous avez vu un bout de cohabitation, en tant que conseiller social, et donc la fin d'un Gouvernement socialiste et puis l'installation d'une nouvelle majorité. Est-ce que, en 2002, ce souci [l'application de cette règle républicaine] s'est aussi porté, justement, sur les socialistes qui avaient pu avoir des places dans l'État ? Est-ce qu'on a eu le souci de les recaser ? Est-ce que ce sont les socialistes qui s'en sont chargés, en amont disons, ou est-ce que vous avez eu à vous prononcer sur l'avenir de certains ?

FSB : Jacques CHIRAC avait un caractère particulier sur ça. C'est-à-dire qu'il avait énormément de respect pour ses adversaires et pour François MITTERRAND en particulier. Il y avait une forme de tradition qui fait qu'on a fait extrêmement attention. Si, par exemple, l'ancien secrétaire général de l'Élysée du temps de François MITTERRAND appelait, j'arrêtais strictement tout, séance tenante, et son appel était prioritaire pour moi. Si

SCHRAMECK²⁵⁸⁴ l'avait fait après 2002, c'était prioritaire. Il y avait une forme de respect républicain qui était voulu par Jacques CHIRAC et qui me paraissait à respecter. Alors, est-ce que les autres ont fait pareil ? Je ne sais pas. Mais en tout cas, pour nous, c'était vraiment important. Après, il y a des choses qui étaient justifiées. S'il y avait une nomination, une demande de nomination qui était justifiée sur le plan technique, il n'y avait pas de question. Après, si ça ne l'était pas, voilà, on rentrait en dialogues. Mais je n'ai pas souvenir de problématique de ce type sur les nominations. J'ai le souvenir, en revanche, qu'il y a pu avoir des antagonismes entre un nouveau ministre et une personne de gauche qui était en place. Mais je me souviens avoir bloqué au moins à trois reprises, des volontés de débarquement de personnes qui avaient été nommées par les prédécesseurs alors que leur remplacement n'était pas justifié.

LS : Et ça, donc, avec l'accord du président CHIRAC ?

FSB : Oui et non. Parce que pour moi, ça allait de soi. J'ai bloqué, c'est tout.

LS : D'accord. Je m'aperçois, en vous écoutant parler, du rapport de confiance important qu'il y a. Comme vous le disiez cela doit varier entre les couples président/secrétaire général.

FSB : Aucun ne ressemble à l'autre mais la confiance est obligatoire. Il ne peut pas y avoir de défiance.

LS : [*Acquiescement*] De sorte qu'il y a un certain nombre de décisions que vous prenez, sans que le Président...

FSB : Le Président ne peut pas être saisi à longueur de journée et de tout. C'est le point d'équilibre à trouver : qu'est-ce qu'on peut faire soi-même et qu'est-ce qui relève de son pouvoir de décision ? Après les choses se font naturellement. Les deux bureaux sont collés, ou plutôt ils sont séparés d'une salle de réunion. En réalité, tu es en permanence dans l'un ou dans l'autre, surtout à la fin où on passait énormément de temps ensemble parce qu'il y avait beaucoup de choses à régler. Ça peut-être aussi un propos incident, en disant : « Voilà, il y a eu ça, j'ai fait ça ». Ce qui est intéressant, ce qu'il faut bien comprendre, c'est que, un secrétaire général ne pense pas pour lui-même : il est dans la tête du Président et pense comme lui. Au même titre qu'une plume n'écrit pas ses propres textes mais écrit ceux de... c'est pour ça que je n'aime pas du tout les plumes qui se mettent en avant, ça n'a pas de sens. Moi, quand j'écrivais les textes de CHIRAC, c'était du CHIRAC. Quand j'écris pour moi, ça n'a strictement rien à voir avec ce que j'écrivais pour lui. Nos styles et nos goûts sont

²⁵⁸⁴ Olivier SCHRAMECK a été directeur de cabinet du Premier ministre Lionel JOSPIN entre 1997 et 2002.

différents. Lui n'aimait pas le style littéraire et les références historiques, moi j'aime ça. Si un secrétaire général décide pour lui-même et non pas en se disant : « C'est très exactement ce que le président de la République aurait décidé », il est en faute, et en faute grave, en faute lourde. Il faut bien comprendre ça. Ce n'est pas un pouvoir que le secrétaire général a, il est la courroie de transmission, l'autre, son bras armé. Il est là pour le décharger, mais c'est en réalité nécessairement de la personne du Président qu'il s'agit. Je n'aurais jamais poussé quelqu'un parce que la relation était avec moi. J'ai même perdu des amis extrêmement chers parce que j'ai jugé que ça ne devait pas être eux. Le secrétaire général n'a pas de pouvoir propre, il y a une sorte de symbiose. Il faut imaginer ces deux grands bureaux, cette salle de réunion au milieu. Contrairement à ce qu'on pense, l'Élysée n'est pas un lieu ouaté. C'est au contraire une caisse de résonance extrêmement violente de ce qui arrive de l'extérieur. C'est-à-dire que tu es en permanence soumis à extrêmement de tension... tout y est violent. Tout remonte, toutes les polémiques vous remontent, toutes les tensions vous remontent, toutes les difficultés vous remontent.

LS : Oui. D'accord.

FSB : Et tout se voit... soit immédiatement, soit de toute façon à un moment ou à un autre.

LS : D'accord. Enfin, vous évoquiez les testaments. La littérature – juridique et politiste – rend assez peu compte finalement de la façon dont concrètement ça fonctionne. Vous expliquiez que vous l'aviez réduit au minimum mais comment cela se passait concrètement ?

FSB : Ça dépend, il y a autant de pratiques que de cas de passation de pouvoir entre Présidents. Nous, ça n'a concerné que des personnes que nous n'avions pas pu nommer pour des raisons de calendrier : c'est-à-dire soit pour des raisons de consultation des instances représentatives du personnel comme dans le corps diplomatique ou des cas où le poste devait se libérer mais s'était décalé ; trois/quatre personnes maximum... On a souhaité qu'il y ait une forme de continuité républicaine. C'est tout.

LS : Mais donc ça se passait comment concrètement ?

FSB : C'est une lettre.

LS : Une lettre laissée au suivant ?

FSB : Oui, c'est une lettre que le président donne au moment de la passation. C'est une trace écrite.

LS : D'accord. [*Nous vérifions l'heure. Il nous reste seulement quelques minutes.*]

Une autre question, qui est intéressante parce qu'on peut avoir l'impression que le droit n'a

pas de prise là-dessus : c'est sur le choix des ministres. Est-ce que vous pourriez décrire le rôle qu'a joué le président dans le choix des ministres, notamment au passage entre le Gouvernement « RAFFARIN III » et le dernier Gouvernement de son mandat ?

FSB : On est là vraiment dans le secret de l'État. C'est très alchimique.

LS : Ce sont des tractations...

FSB : Non, ce ne sont pas des tractations, c'est très alchimique. Il y a une partie des gens pour qui nécessairement ça ne peut être qu'eux sur ce poste. Il y en a d'autres... Tout est une question d'équilibre entre le président, le Premier ministre, les contraintes qui peuvent exister. Et puis il y a parfois le hasard, les circonstances : ceux qui n'auraient pas dû l'être et qui le sont, ce qui auraient dû l'être et qui ne le sont pas.

LS : Et ça se joue entre le Premier ministre et le président de la République... ?

FSB : Bien sûr. Le secrétaire général peut avoir un rôle important de conseil et plus il a d'autorité, plus il pèse.

LS : D'accord. Donc si je peux me permettre deux dernières questions. L'avant dernière porte sur les liens entretenus entre le secrétaire général de l'Élysée et le secrétaire général du Gouvernement. Est-ce que rapidement vous pourriez me dire, sur le terrain des nominations en particulier, comment vous entriez en relation ?

FSB : Bien. Le secrétaire général du Gouvernement est là pour gérer la fonction administrative. Le secrétaire général de l'Élysée exerce les fonctions techniques et politiques. Donc ils sont sur des territoires qui sont très différents. Lors du Conseil des ministres d'ailleurs ils sont assis l'un à côté de l'autre... donc la symbolique est réelle. Je pense qu'il faut respecter la fonction de secrétaire général du Gouvernement qui est essentielle pour le fonctionnement de l'État

LS : D'accord. Donc il y a la dimension politique d'une part, et la dimension technique-juridique... ?

FSB : Oui, mais chacun doit être à sa place. C'est-à-dire que le secrétaire général de l'Élysée ne doit pas se mêler de technique, ni de droit, ni d'interministériel, ni d'organisation, de tout ça. Ça n'aurait pas de sens. Et évidemment le secrétaire général du Gouvernement doit rester à sa place : il est le gardien du fonctionnement de la machine administrative.

LS : D'accord.

FSB : Donc voilà... Mais il y a rarement des problèmes de fonctionnement. Il faut en revanche, respecter le secrétaire général du Gouvernement parce que si vous l'empêchez de

jouer son rôle, après les difficultés peuvent arriver. S'il n'a pas le courage de dire : « Attention, là il y aura un problème de constitutionnalité » et que vous êtes confrontés à l'annulation d'un texte important, c'est qu'il y a un problème. Il faut une vraie confiance : il faut qu'il puisse s'exprimer auprès du président, il faut qu'on ne l'empêche pas de s'imposer sur son territoire de compétence.

LS : Et donc sur les nominations, en particulier l'Élysée – avec les ministres – impulse les propositions, et lui vérifie que juridiquement, ce soit jouable etc. ?

FSB : Non. C'est une courroie de transmission. Il instruit mais je n'ai aucun souvenir d'un secrétaire général qui défende une nomination.

LS : D'accord. Il vérifie que juridiquement... ?

FSB : Non. Il y a une part des nominations au tour extérieur dans les grands corps qui reviennent aux collaborateurs du secrétaire général du Gouvernement...

LS : ... par habitude ?

FSB : Oui. C'est un bon usage parce que les gens qui ont servi utilement ne peuvent pas rester quinze ans au secrétariat général du Gouvernement et doivent pouvoir être promus. Et la dernière question ?

LS : Avez-vous d'autres choses à dire, que vous vouliez évoquer avec moi et auxquelles je n'aurais pas forcément pensé en vous interrogeant ?

FSB : Bien, je pense que, comme toutes les questions d'exercice du pouvoir, il faut faire attention à la loupe déformante des médias, de la presse, etc. Dans l'immense majorité des cas, l'intérêt général prédomine. Il y a très peu de divergences, très peu de problèmes de personnes... Je pense que, globalement, nous avons un pays qui va mal, qui, probablement pour toutes sortes de raisons, sur le plan économique et identitaire, est en train d'entrer en crise mais l'État tient encore. Le sens de l'intérêt général chez les élus, chez les hauts fonctionnaires, dans l'exercice du pouvoir, tient debout. C'est un atout et une chance pour le pays.

LS : D'accord.

FSB : Voilà.

LS : Je vous remercie beaucoup de m'avoir reçue.

Fin de l'enregistrement. Nous prenons congé.

Entretien avec M. Marceau LONG, le 14 juin 2013

C'est notamment parce qu'il a occupé la fonction de secrétaire général du Gouvernement (1975-1982) que j'ai souhaité rencontrer M. Marceau LONG. Le rendez-vous était fixé à 11h00, le 14 juin 2013, au domicile personnel de M. LONG. Après m'être présentée et avoir exposé à mon interlocuteur l'objectif du rendez-vous que j'avais sollicité, j'ai obtenu de lui l'autorisation d'enregistrer notre entretien.

Durée de l'enregistrement : 84 min.

[Il relit, devant moi, la lettre que je lui avais adressée ; je lui confirme que ma thèse porte sur l'ensemble de la Cinquième...]

ML : Ma carrière ne se confond pas entièrement avec la Cinquième, elle a commencé sous la Quatrième en réalité. Ma carrière publique a commencé en 1956. Mais je connais surtout la Cinquième puisque j'ai été secrétaire général du Gouvernement en février 1975. On était donc en pleine Cinquième République.

LS : Et jusqu'en 1982.

ML : Oui.

LS : Donc sous Valéry GISCARD D'ESTAING, et donc vous avez vu deux présidents de la République...

ML : Oui.

LS : Trois Premiers ministres...

ML : C'est ça. J'ai connu CHIRAC alors qu'il était encore Premier ministre.

LS : Au début.

ML : Oui, au début. J'étais présent notamment au Conseil des ministres historique au cours duquel il a – le président de la République ayant eu d'ailleurs l'élégance de s'absenter, pour le laisser parler – fait sa déclaration : « J'estime ne pas avoir tous les moyens nécessaires pour gouverner ».

LS : Quand il a présenté sa démission.

ML : Oui. Le Président avait introduit ce Conseil des ministres : « Le Premier ministre souhaiterait vous faire une communication de caractère personnel » et il est parti quelques minutes. Il n'est revenu que cinq minutes après, lorsque la « communication personnelle »

était terminée²⁵⁸⁵.

LS : Il s'est absenté du conseil...

ML : Oui.

LS : D'accord. Alors je vais essayer de ne pas vous prendre trop de temps. Ma première question qui est assez générale est de savoir comment vous avez conçu la fonction de secrétaire général du Gouvernement en général, et puis sur les nominations en particulier, puisque ce sont les nominations du président de la République qui m'intéressent en tout premier lieu.

ML : C'est une fonction qui a toujours été un peu ma cible. Depuis longtemps je me disais : « Voilà le métier que je voudrais faire ». Et dès que j'ai été – c'est ma première grande fonction – directeur général de la fonction publique – donc ce devait être en 61, oui – directeur général de la fonction publique de 61 à 67. Puis j'ai été nommé secrétaire général pour l'administration au Ministère des armées et je lui suis resté jusqu'en 1973 et là, donc un soir... Je m'en souviens très bien. Le Premier ministre, qui était Pierre MESSMER, m'a appelé en me disant : « Passez me voir, ce soir vers 19h30/20h ». Comme c'était une époque où je travaillais sur le collectif budgétaire – donc c'était au mois d'octobre – je lui demande : « Est-ce que j'emporte mon dossier du collectif budgétaire ? » Il m'a dit : « Non, non, c'est pas du tout ça ». [Rires] Alors effectivement, il m'a demandé, dans les 48h, de répondre à une question tout à fait nouvelle et imprévue pour moi : « Il faut que, d'ici le prochain Conseil des ministres, nous nommions un président de l'ORTF [Office Radio-Télévision Française]. J'en ai parlé au Président POMPIDOU, voudriez-vous accepter ce poste ? » [Onomatopée exclamative ! Rires] « Je n'avais jamais, jamais pensé à ça » ! Il a ajouté dit : « Nous cherchons pour ce poste difficile – surtout, il était en pleine crise entre Arthur CONTE²⁵⁸⁶ et le ministre de l'époque était MALAUD²⁵⁸⁷ – et nous cherchons un homme qui ne sera pas considéré comme un homme politique ayant déjà une position sur l'Office ... » Au fond ils cherchaient un gestionnaire apolitique qui ne soit pas soupçonné d'appartenir à un clan ou à un autre ! C'était d'autant plus leur idée que la campagne présidentielle approchait et ils ne voulaient pas quelqu'un qui aurait pu, pendant quelques semaines ou quelques mois, orienter

²⁵⁸⁵ Voir J. CHIRAC, *Mémoires*, t. 1, *op. cit.*, p. 214-216. On y lit le récit par Jacques CHIRAC de sa démission et le texte lu lors de ce Conseil des ministres. Voir également l'interview de Valéry GISCARD D'ESTAING, France télévision 1, *Journal télévisé* du 25 août 1976, 18 min.

²⁵⁸⁶ PDG de l'ORTF entre 1972-1973. Décret du 18 juillet 1972, *JORF* du 19 juillet 1972, p. 7596

²⁵⁸⁷ Philippe MALAUD (FNRI) était alors Secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé de la fonction publique et des services de l'information

d'une manière ou d'une autre les informations ou les polémiques. La façon de s'impliquer dans une politique, ce n'est pas seulement par l'information mais c'est aussi par le choix des programmes, le choix des ceux qui les présentent, les œuvres ou fictions que l'on passe... ou que l'on ne passe pas !

LS : Oui. Et donc après avoir présidé l'ORTF...

ML : Donc c'est à ce moment là que j'ai accepté. Je lui avais simplement demandé, pour un problème aussi grave, de me donner jusqu'au lendemain ! Et il l'avait bien sûr accepté. Et le lendemain après en avoir parlé à ma femme car le changement de situation était tellement grand qu'il fallait qu'elle puisse l'accepter ! Parce que du jour au lendemain – je m'en suis aperçu d'ailleurs tout de suite – j'étais « homme public ». J'étais déjà, haut fonctionnaire, j'étais directeur général de la fonction publique puis secrétaire général au ministère de la Défense mais il ne s'agissait plus que de techniques ! Et du jour au lendemain, on passe du statut privé – parce qu'un haut fonctionnaire est un « homme privé » au statut personnel – au statut d'homme public. Pierre MESSMER m'avait dit : « Il faut que vous soyez à l'ORTF demain avant 14h30 ! » À l'ORTF, il devait y avoir une quarantaine de journalistes qui me sont tombés dessus ! La transition n'a pas été longue ni progressive : elle a été brutale. Ce n'est pas facile... Et tout de suite : « Quelle pourrait être votre devise ? À quoi pensez-vous ? ». Arthur CONTE, qui était mon prédécesseur avait... Qu'est-ce qu'il avait dit ? [*Silence, Réflexion*] qu'il serait, je crois, la joie de vivre... Alors bon j'avais essayé de trouver quelque chose de ce genre. Je ne me souviens plus d'ailleurs comment... [*Rires*] Ah oui ! Je voulais quand même, compte tenu des critiques qui avaient été faites à Arthur CONTE... se régalant, disait-on, dès lors qu'il sortait sur les Champs Élysées ou sur ces grandes artères, d'être montré du doigt : « C'est le président de l'ORTF ». Et ça, ça ne plait pas en général aux hommes politiques, aux ministres. Alors j'avais bien résolu d'avoir une attitude, qui était d'ailleurs plutôt celle de mon tempérament normal : d'être plus réservé ou un peu plus modeste.

Si je connaissais bien Édouard BALLADUR, j'avais un peu connu POMPIDOU quand il avait été nommé maître des requêtes au Conseil d'État au tour extérieur. Pierre MESSMER m'a demandé un jour : « Qu'est-ce que vous envisagez pour votre avenir ? » Et je lui avais répondu : « Il y a un poste que je connais un peu pour l'avoir approché et avoir travaillé beaucoup avec lui lorsque j'étais directeur général de la fonction publique : c'est celui de secrétaire général du Gouvernement. »... sans considérer sa demande comme une proposition dont il ne pouvait alors être question.

LS : C'est au moment où il vous a proposé l'ORTF qu'il vous avez posé cette question ?

ML : Oui. Alors, lorsque j'ai fini mon bail, très court, à l'ORTF – j'y suis resté dix-huit mois – la question se posait pour moi de savoir ce que je deviendrais. Le retour de président de l'ORTF à mon corps d'origine de la sortie de l'ENA, le Conseil d'État, au sein duquel j'étais maître des requêtes, c'était la division du traitement par plus de deux...

LS : Ha oui !

ML : Oui ! *[Rires]* Et la seule chose qui m'avait été dite par le directeur de cabinet du ministre des finances qui était Jacques CALVET²⁵⁸⁸, c'était : « Bien sûr on vous maintiendra un mois de plus votre traitement » ! Et finalement, j'ai été nommé secrétaire général du Gouvernement en février 1975. Donc bon, je n'ai pas eu à souffrir beaucoup sur ce plan.

LS : ... de la différence de traitement.

ML : Curieusement, c'est intéressant pour les institutions, si je fais la courbe de mes rémunérations ; il faudrait actualiser bien évidemment, mais ma rémunération la plus élevée a été celle de l'ORTF plus que celle de la fonction à laquelle j'accédais. Et même celle d'Air France à l'époque. Lorsqu'on avait voulu appeler un parlementaire, Arthur CONTE, qui intervenait beaucoup à l'Assemblée sur les questions de libertés, un spécialiste de celle de l'audiovisuel – on lui avait alloué une rémunération plus que convenable, dont j'ai profité pendant presque 18 mois. Mais tout cela n'intéresse pas directement votre interview...

LS : Si ! Ce sont des données intéressantes.

ML : Maintenant ça vous donne un exemple des enjeux des nominations.

LS : Oui il y a un enjeu financier qui est intéressant.

ML : Qui avait parlé de moi au Premier ministre ? MESSMER ? Je sais que cela venait de la présidence de la République ; d'ailleurs pour l'ORTF c'est normal, puisque à l'époque Édouard BALLADUR²⁵⁸⁹ suivait avec Madame Marie-France GARRAUD les questions de radio et de télévision à la présidence de la République.

LS : Et savez-vous comment vous avez été choisi pour être nommé secrétaire général du Gouvernement ensuite ?

ML : Ça a été compliqué pour moi. Le problème se posait de savoir ce que j'allais devenir en quittant l'ORTF et c'était très imprévisible parce qu'il y a eu la campagne électorale et l'élection présidentielle. C'est Valéry GISCARD D'ESTAING qui a été élu. Je le connaissais

²⁵⁸⁸ Directeur de cabinet de Valéry GISCARD D'ESTAING ministre des finances

²⁵⁸⁹ À cette époque Édouard BALLADUR était secrétaire général adjoint de l'Élysée.

bien, même très bien, puisque nous étions dans la même promotion à l'ENA et nous étions du même âge. Mais nous étions très, très différents : par les origines, le milieu social, la vision de notre avenir et de notre carrière. Il avait déjà décidé à cette époque de faire une carrière politique, après son entrée à l'inspection des finances et dans les cabinets ministériels... Il appartient donc, moins de deux ans après sa sortie de l'ENA, au cabinet d'Edgar FAURE²⁵⁹⁰. Les finances, c'était son domaine. Puis, il a été rapidement nommé secrétaire d'État – c'était le plus jeune secrétaire d'État au budget – puis il a été ministre des finances pendant onze ans... Et là, il a compris qu'au fond, une bonne manière de préparer une grande carrière politique était le ministère des finances à l'époque... Sous la Quatrième, on pensait plutôt que c'était l'intérieur.

LS : Et donc vous connaissiez Valéry GISCARD D'ESTAING. Et c'est la raison pour laquelle il a pu penser à vous, quand il est entré en fonction, pour devenir secrétaire général du Gouvernement ?

ML : Oh non ! C'est plus compliqué ! Non, parce que les gens qui deviennent ministres ou présidents ont tous un passé, ont eu des amis. Il faut qu'ils tiennent un compte aussi des équilibres généraux. À cet égard, le secrétaire général du Gouvernement ce n'est pas comme un directeur de cabinet mais tout de même il fait partie un peu de la famille. [*Silence*] Et alors c'est comme ça qu'effectivement j'ai été adopté, moins peut-être grâce à Valéry GISCARD D'ESTAING qu'à son Premier ministre Jacques CHIRAC qui m'avait apprécié à l'ORTF et dont je me sentais plus proche, avec qui j'étais plus à l'aise. Ce n'est en rien une affaire de classement dans la promotion, ni d'approche difficile entre « juriste » et financier » car je me sentais à l'aise avec le futur inspecteur des finances, président de la société générale autre condisciple de notre promotion²⁵⁹¹. Donc, au sein de celle-ci, celui qui était le plus proche de moi c'était André CHANDERNAGOR²⁵⁹². Et Jacques CHIRAC, par contre, lui était tout à fait pour moi. Alors pourquoi ? Je le connaissais moins bien que Valéry GISCARD D'ESTAING – parce qu'il a sept-huit ans de moins que moi. Pour un poste comme celui-là, il fallait un réel accord du président de la République et du Premier ministre. Surtout à l'époque : on sortait il n'y avait pas si longtemps, de la Quatrième République, et [le

²⁵⁹⁰ Edgar FAURE était alors président du Conseil et ministre des Finances.

²⁵⁹¹ Jacques MAYOUX, Inspecteur général des finances, a été président de la Société générale entre 1982 et 1986 avant de devenir, notamment, Vice-président de Goldman Sachs Europe.

²⁵⁹² André CHANDERNAGOR a occupé, après sa sortie de la promotion Europe de l'ENA, un certain nombre de hautes fonctions publiques. Il participa à l'élaboration de la Constitution de 1958. Il fut notamment ministre délégué auprès du ministre des Relations extérieures, chargé des affaires européennes (1981-1983) avant d'être nommé Premier président de la Cour des comptes (1983-1990).

secrétaire général du Gouvernement] travaillait surtout avec le Premier ministre – le Gouvernement, c'était d'abord le Premier ministre – c'est ensuite que peu à peu...car le général DE GAULLE suivait de près les grandes affaires et laissait au Premier ministre une assez grande liberté que sur les affaires courantes. C'est finalement le choix CHIRAC auquel s'est rallié Valéry GISCARD D'ESTAING bien qu'il y eût dans l'immédiateté un inconvénient : c'est que je n'étais pas disponible tout de suite parce que j'étais encore président de l'ORTF – je n'ai quitté l'ORTF que le 31 décembre – et comme la nomination s'est faite avant cette date, en octobre, je n'étais pas disponible tout de suite alors que Jacques LARCHÉ l'aurait été.

LS : D'accord. Et alors, quand vous vous êtes installé dans ces fonctions de secrétaire général du Gouvernement, quelle était la conception que vous aviez de cette fonction qui vous attirait depuis quelques temps ?

ML : Ce qui m'attirait c'était la curiosité. [*Rires*] Je le dis avec raison. À la fin de ma scolarité de l'ENA, dans les notes de stage c'est la qualité que le préfet avait notée... À l'époque on faisait un an complet auprès d'un préfet. C'était moins « pittoresque » que certains stages en Algérie, au Maroc, en Tunisie. J'avais fait mon stage à Arras. C'est le directeur des stages de l'ENA qui désignait les lieux des stages : Pierre RACINE. Il m'avait demandé : « Est-ce que vous auriez des problèmes pour aller en Afrique du Nord ? ». J'ai dit : « Non ! Je suis presque marseillais. Alger est plus près de Paris que Marseille ! » Ce qui l'a fait rire. Mais il m'a dit : « Ce n'est pas là de toute façon que je vais vous envoyer. Je vais vous envoyer dans le nord, à Arras. Ça vous fera plus de bien ! ».

LS : Oui, ça a du être dépaysant pour vous !

ML : Oui ! J'ai fait mon année de stage à Arras...

LS : Et donc à partir du moment où vous êtes devenu secrétaire général du Gouvernement, quelle était la fonction que vous exerciez ? Notamment sur les nominations, quel était votre rôle ?

ML : Secrétaire général du Gouvernement, il n'est pas facile de dire sa fonction. Il est l'un des seuls hommes qui puisse se rendre compte de ce que le Gouvernement est une équipe qui travaille avec des règles qui avaient été fixées dès les premiers secrétaires généraux du Gouvernement. Le premier secrétaire général du Gouvernement a été Louis JOXE ! Il l'avait été à dès 1943 Alger et puis il est rentré à Paris. André SÉGALAT a succédé à JOXE et il est resté secrétaire général du Gouvernement de 1946 à 1957... Je crois. Le premier secrétaire général du Gouvernement c'est Louis JOXE mais il l'est resté très peu : SÉGALAT a été

nommé ensuite et a rédigé le premier règlement intérieur du Gouvernement. Parce qu'il y a un règlement intérieur²⁵⁹³ ! C'est peu connu. J'ai eu à le réadapter, après le grand changement de majorité de 1981 lorsque P. MAUROY m'avait conservé au SGG. Je m'entendais très bien avec lui d'ailleurs. Le secrétaire général du Gouvernement assistait à tous les Conseils des ministres. J'ai assisté, en huit ans, à un peu plus de quatre cents Conseils des ministres, et ne me suis jamais fait remplacer. Parce que, à l'époque, les vacances des ministres étaient beaucoup plus courtes qu'elles ne le sont devenues. Le Gouvernement, du temps du général DE GAULLE, avait quinze jours de vacances... Même pas ! Et le secrétaire général du Gouvernement suivait ce régime là. Comme je devais rencontrer le président de la République le lundi pour arrêter l'ordre du jour du Conseil des ministres du mercredi qui suivait, mon temps de vacances pendant toutes ces années là était assez réduit !

LS : D'accord. Et alors quel était le rôle que vous jouiez sur les nominations ?

ML : Le rôle, donc, était de faire la jonction entre le Gouvernement, les ministres et le président de la République. Je soumettais un projet d'ordre du jour des Conseils des ministres des deux semaines à venir au président de la République. Ce projet, bien sûr, je le préparais – comme tous les secrétaires généraux, mes prédécesseurs – avec le Premier ministre qui était en place et les ministres concernés par les sujets qui y étaient inscrits. Valéry GISCARD D'ESTAING a rationalisé le système – c'était d'ailleurs sa forme d'esprit – et certainement l'a amélioré dans son fonctionnement.

Tout d'abord, c'est sa première demande de notre première rencontre : « Que deviennent les notes que vous êtes seul amené à prendre au cours du Conseil des ministres ? Car, je pense que c'est toujours la règle : vous êtes seul habilité à prendre des notes manuscrites pendant le Conseil des ministres ? » Ces notes manuscrites allaient de sept ou huit feuillets à douze ou treize, donc assez substantielles. Et, première question : « Que sont devenues les notes de Conseil des ministres qu'ont prises vos prédécesseurs ? » Je lui ai dit qu'« ils les considéraient comme des papiers privés et ils les ont tous emportées chez eux. Je ne sais pas ce que depuis elles sont devenues ». « Ça va pas du tout ! Ces papiers là, il faudrait qu'ils soient conservés aux archives ! Tâchez de les récupérer ! » Alors j'ai tâché ! J'étais très septique sur mes chances ! Bon, et puis ils étaient souvent illisibles : sur notre petite table à côté du Conseil on n'a pas le temps pour la belle écriture, et puis même il faut faire des abréviations pour aller vite et suivre le rythme de la discussion. J'avais posé la question à

²⁵⁹³ « Règlement intérieur des travaux du Gouvernement » adopté par le Conseil des ministres le 3 février 1947. Reproduit, in R. PY, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, op. cit.

SÉGALAT – qui était resté une douzaine d’années dans ces fonctions ; c’est lui qui leur a largement donné leur style – qui m’a dit : « Moi je les ai détruites ! » Ce qui, de sa part, est d’ailleurs sans doute vrai. BELIN lui m’a dit : « J’écris si mal... Je ne les ai plus ! » Il y a un seul secrétaire général du Gouvernement, c’était d’ailleurs mon prédécesseur immédiat, Jean DONNEDIEU de VABRES qui lui, tout en pestant, m’a dit : « Elles sont illisibles ! » Mais il a eu le courage de les reprendre et réécrire. Ce qui fait que j’ai eu quelques unes de ces notes ! Mais c’était très peu. Pour ma part, afin que mes notes soient plus lisibles, dès la fin du Conseil des ministres, vers 13h/13h30, je les dictais à ma secrétaire personnelle. On sait bien soi-même les abréviations qu’on a employées. J’avais ainsi dactylographié les minutes des notes en Conseils des ministres. Alors ça, je l’ai dit à GISCARD : « Bien sûr, j’en laisse un exemplaire à Matignon mais vous avez l’original à l’Élysée ». Mon successeur Renaud DENOIX de SAINT MARC a fait exactement la même chose, et ses successeurs aussi. Tout le monde a fait comme ça. Ce qui fait qu’à l’heure actuelle, les minutes les plus proches possibles des notes manuscrites sont à Matignon, à l’Élysée, aux Archives de Matignon et aux Archives de la présidence. Ça, c’est sûrement un grand progrès dans le fonctionnement du système.

Voilà donc ça c’est la première fonction du secrétaire général du Gouvernement : assurer la continuité du travail du Gouvernement à travers les séances du Conseil des ministres. En réalité cela va très loin parce que pour bien comprendre ce qui se passe en Conseil des ministres, il faut savoir comment il a été préparé. Car la plupart du temps, sur toutes les questions importantes de l’ordre du jour, il y a, auparavant, des conseils interministériels... ou des comités. Les comités interministériels sont réunis par le Premier ministre, sous son autorité ou celle de son directeur de cabinet et parfois même du secrétaire général du Gouvernement. Les conseils, c’est autre chose. Les conseils sont convoqués par le président de la République, présidés par le président de la République, avec le secrétaire général de l’Élysée. Le secrétaire général du Gouvernement n’était pas toujours appelé aux réunions des conseils qui se tiennent à l’Élysée. En fin de compte, je l’ai été réellement à partir de MAUROY. Ce qui montre la confiance qu’il me faisait, alors qu’il m’avait trouvé là, que ce n’était pas lui qui m’avait nommé et que j’avais passé presque sept années auprès de Valéry GISCARD D’ESTAING. Mais j’ai assisté à tous les conseils de MAUROY. Au début de MITTERRAND-MAUROY c’était important, parce que cette année là il s’est passé beaucoup de choses : c’était l’année 1981... les nationalisations etc.

LS : Le Premier ministre est-il présent pendant ces conseils que réunit le président de la

République ?

ML : Oui, oui. Lui, il est présent.

LS : Et est-ce que, à l'occasion de ces conseils ou des comités, ils évoquent les nominations ?

ML : Oui, mais de manière différente. Car autant les textes donnent lieu à un véritable examen, précis, fouillé, avec des ébauches, des modifications, des demandes de compléments etc., autant on parle très, très peu des nominations. En fin de compte, elles sont décidées par des conversations, des échanges entre le ministre responsable de son ministère, qui souvent aussi, avant de les prononcer, en parle au Premier ministre – qui doit contresigner – et presque toujours, pour les hautes fonctions, au président de la République. Ce que n'apprécie d'ailleurs pas toujours le Premier ministre : le contact direct entre le président de la République et les ministres en certains domaines, qu'il s'agisse de règlements ou de décisions individuelles. Pour les postes charnière, le ministre en parle à la fois au président de la République et au Premier ministre avant de venir en comité ou conseil.

LS : Et est-ce que certains Premiers ministres vivaient plus mal que d'autres ce lien direct entre le président de la République et certains ministres ?

ML : C'est certain. Il y a des ministres qui essaient d'échapper un peu... je ne dis pas à sa surveillance, mais à son contrôle. C'est une espèce de tutelle du Premier ministre. Mais j'ai très rarement vu et connu des « indisciplines » notoires. C'était peut-être différent sous la Quatrième, mais sous la Cinquième l'autorité du président de la République et aussi par là, l'autorité du Premier ministre, sont vraiment très, très grandes.

LS : Et il arrivait souvent que des nominations soient prononcées contre le gré du Premier ministre ?

ML : Non. Non, parce que lorsqu'il y avait un problème – ça se sentait parfois en Conseil des ministres en partie B – entre un ministre, le Premier ministre et le président de la République ... D'autant que c'est une affaire de huit ou quinze jours, donc ce n'est pas énorme. Mais il faut que l'accord soit fait : ministre, Premier ministre, président de la République. Sinon ça ne marche pas !

LS : C'est vrai que quand on voit les relations qu'ont entretenues entre le Premier ministre Jacques CHIRAC et Valéry GISCARD D'ESTAING et le Premier ministre Raymond BARRE et Valéry GISCARD D'ESTAING, on peut imaginer – en tout cas sur le sujet qui m'intéresse, c'est-à-dire sur les nominations – que peut-être les relations n'étaient pas les mêmes.

ML : C'est une affaire de tempérament. CHIRAC était, par rapport à GISCARD, dans une

position particulière, parce que c'est un peu CHIRAC qui avait facilité l'accès de GISCARD à la présidence. Il ne faut pas oublier que sa nomination n'était pas évidente. C'est CHABAN-DELMAS qui était le candidat qu'aurait souhaité une large fraction de l'UMP de l'époque. CHABAN a commis sans doute des erreurs de tactique en annonçant trop tôt qu'il voulait être candidat. Et pendant ce temps, Jacques CHIRAC préparait l'accès de Valéry GISCARD D'ESTAING. Il a écrit dans une seule soirée une quarantaine de lettres personnelles à des autorités politiques ; vraiment, il a travaillé pour éliminer CHABAN-DELMAS au profit de GISCARD. C'est sans doute ce qui explique que Valéry GISCARD D'ESTAING l'ait pris pour Premier ministre. Il savait ce qu'il lui devait dans la préparation de sa propre nomination. Mais en même temps, cela n'inquiétait pas trop Valéry GISCARD D'ESTAING. D'abord parce qu'il n'était pas homme à se laisser intimider et pensait qu'il avait sans doute plus de maturité que CHIRAC. Mais ils étaient sans doute trop proches, par l'âge même.

LS : Et même à l'approche de l'été 1976 où il y a eu rupture il fallait cet accord entre le Premier ministre et le président de la République s'agissant des nominations ?

ML : Vous savez, un Premier ministre n'est jamais le même après deux-trois ans de fonction et après cinq-six ans ! Je l'ai bien senti avec Raymond BARRE, lorsqu'il est arrivé – je me sentais d'ailleurs plus proche de lui que je ne l'avais été de CHIRAC la première année – mais Raymond BARRE, après cinq ans de fonction, n'était plus le BARRE de la première année. Il y avait eu les élections de 1978 pour lesquelles BARRE avait joué plus franchement presque que GISCARD et il avait gagné à une époque où GISCARD doutait même du succès possible. Cela avait renversé un peu les rapports de force, si je puis dire. Et donc un Premier ministre, après cinq ans, n'est pas le Premier ministre après deux ans. C'est sûr !

LS : D'accord. Et donc cela se sent aussi sur le terrain des nominations ?

ML : Oui. Les autres ministres le savent ! Ça compte.

LS : Donc voilà ce qui m'intéresse, c'est justement d'avoir votre point de vue sur ces rapports entre président de la République, Premier ministre et ministre dans les nominations. Donc d'après ce que je comprends il y a une volonté d'accord... ?

ML : Ah oui !

LS : D'accord.

ML : Ah oui. Surtout pour les postes qui comptent, peut-être une trentaine, il faut qu'il y ait accord sinon ça ne marchera pas.

LS : Et est-ce que vous avez pu identifier – au moins pour Valéry GISCARD D'ESTAING

dont vous avez vu l'ensemble du mandat – les domaines qui étaient à ses yeux particulièrement importants ?

ML : Tout naturellement, il était tout à fait expert en matière économique et financière ; il avait l'art de s'exprimer de manière simple sur des questions qui ne l'étaient pas du tout !

LS : Et du coup, il était vigilant sur le terrain des nominations dans ce domaine ?

ML : Oui ! Et puis il était resté onze ans au ministère des finances alors il connaissait les hommes, il connaissait les mécanismes... On ne pouvait pas l'oublier ni le court-circuiter.

LS : Donc dans le domaine économique d'une part. Et est-ce qu'il y avait d'autres domaines dans lesquels les nominations présentaient un intérêt particulier à ses yeux ?

ML : Bien sûr, il s'intéressait – il n'affichait d'ailleurs pas de préférence ostensible – aux nominations de l'intérieur : les préfets. Aucun président, aucun Premier ministre, ne peut se désintéresser des nominations à une trentaine de postes essentiels dans le fonctionnement de l'État : aux administrations centrales et territoriales, aux grands commandements militaires, aux grandes ambassades...

LS : Celles du Conseil des ministres en particulier donc ?

ML : Oui.

LS : Est-ce que, peut-être, vous pouvez me dire un mot sur la fonction que vous jouiez ? Est-ce que vous aviez en tant que secrétaire général du Gouvernement un rôle à jouer en matière de nomination ? Là vous m'avez parlé des rapports entre ministres, Premier ministre et président de la République, mais est-ce que le secrétaire général du Gouvernement a un rôle dans les nominations ?

ML : Cela dépend des époques et du contexte. Curieusement, j'ai pu jouer un rôle plus grand avec MITTERRAND-MAUROY qu'avec GISCARD. Tout simplement parce qu'avec GISCARD, nous avions le même âge et vécu les mêmes époques ; on connaissait le même milieu, on connaissait à peu près les mêmes personnages publics. Tandis que MAUROY ne les connaissait pas du tout, ce qui fait qu'il avait plus besoin de moi et de savoir ce que je pensais de tel ou tel. Et ce fut même le cas au tout début pour MITTERRAND qui avait d'ailleurs beaucoup plus d'expérience puisqu'il avait connu la Quatrième République, avait été ministre, notamment de l'intérieur. Il ne lui manquait que d'avoir été Premier ministre ! Donc il connaissait tout le monde ou presque ! Nous avons, lui et moi, fait connaissance lorsque j'étais président de l'ORTF. Il était venu me voir, au moment de la campagne présidentielle, pour me dire à quel point il serait vigilant sur la neutralité de l'ORTF ! J'avais

essayé de le rassurer. J'ai lu, des années après, ce qu'il avait écrit dans un ouvrage dont je ne me souviens plus le titre, et qui reconnaît que j'ai veillé à sa neutralité, notamment pendant la campagne présidentielle de 1974 après la disparition de POMPIDOU. Lorsqu'il m'avait demandé de la recevoir à l'ORTF, pendant ma présidence, il avait un ton assez serein et détaché, très gentleman d'ailleurs : « Vous savez, m'avait-il dit, après tout, ce n'est pas pour moi un problème personnel mais je suis président du parti socialiste ». Mais il tenait quand même beaucoup à la neutralité de l'ORTF ! Elle ne dépend pas tellement du seul président d'ailleurs, mais plutôt des journalistes, chefs des rédactions des chaînes. Le rédacteur en chef de la première chaîne peut avoir plus de pouvoir – en tout cas de moyens de nuire ou de pousser quelqu'un ou une idée – que le président [de l'ORTF] lui-même. Et ça, des hommes comme GISCARD, qui connaissait bien l'audiovisuel, savaient très bien qu'ils dépendaient bien plus de ce point de vue du chef de la rédaction de TF1, de la 2, de la 3, que du président lui-même.

LS : Et donc les socialistes, en arrivant au pouvoir, ont pu vous demander votre avis sur votre connaissance des gens qui, à l'époque, étaient en place, quand ils ont dû pourvoir à un certain nombre de postes à leur arrivée?

ML : Oui. Mais ce n'était pas tellement décisif parce qu'ils avaient depuis longtemps des gens qu'ils connaissaient, proches des socialistes, dans les ministères et les médias.

LS : Ils avaient déjà une idée des gens qu'ils allaient placer...

ML : Oui et je me souviens bien de la préparation du premier Conseil des ministres de MITTERRAND, nouveau président. Il avait beaucoup tenu, au moment de cette préparation, à ce que je sois là, justement pour sentir ce que je pensais de telle ou telle nomination. Mais je ne le disais que s'il me le demandait explicitement, bien sûr !

LS : D'accord. Et quelles sont justement, au moment de cette alternance, les premières nominations auxquelles il a paru nécessaire de procéder pour ce Gouvernement socialiste qui arrivait ? Sur quels postes se sont-ils d'abord concentrés ?

ML : Ils ont tout de suite songé, bien sûr, aux Finances, budget et trésor, à l'Intérieur, pour la police et la préfectorale. Parce que les grands directeurs de l'Intérieur a quand même de grands pouvoirs et une grande connaissance des hommes (fonctionnaires et parlementaires...). Donc les nominations des préfets notamment sont stratégiques. Il faut tenir la police, l'ordre public et l'argent. Au fond, on retrouve l'origine de l'État : ordre et finance !
[Rires]

LS : Et donc sur ce terrain là, il y a une continuité entre GISCARD et MITTERRAND, j’imagine ?

ML : Oui !

LS : Et est-ce que, dans leur exercice de cette compétence de nomination, vous avez pu voir une différence notable entre Valéry GISCARD D’ESTAING et François MITTERRAND ?

ML : Oui, peut-être il y avait une différence car GISCARD D’ESTAING était peut-être plus libre que MITTERRAND dans ses choix à cet égard. Valéry GISCARD D’ESTAING savait qu’il serait destiné aux plus hauts postes politiques de la République : il avait été élevé pour cela... La famille des BARDOUX était là. Il aurait été président presque certainement avec le système antérieur à la Cinquième République. Tandis que MITTERRAND avait, au début en tout cas, à compter quand même avec les différentes tendances des unions de gauche et du parti socialiste. Il y a avait les traditionnels, les classiques comme MAUROY, mais il y avait déjà à cette époque des « jeunes » de la Convention des Institutions Républicaines²⁵⁹⁴, il y avait le CERES²⁵⁹⁵... Il fallait compter avec eux, surtout au début. Car c’est toujours ainsi ! Mais lorsqu’on est Premier ministre installé depuis plusieurs années, on a conquis son indépendance : Les « *challengers* » doivent compter avec vous et vous avez plus de liberté et d’autorité personnel.

LS : Et est-ce que cette liberté se retrouve dans le choix des ministres ? Est-ce que vous avez pu voir quel était le rôle respectif du Premier ministre et du président de la République dans le choix de l’équipe ministérielle ?

ML : Le général DE GAULLE voyait cela de très haut mais le rôle essentiel reste, sous la Cinquième République, celui du président de la République. Un Premier ministre ne constitue pas un cabinet en toute liberté. C’est le président de la République qui inspire ses grands choix, au moins pour le premier cabinet. fait le premier, au moins ! Au bout de deux ans, trois ans, c’est peut-être le Premier ministre qui est devenu le vrai patron ! Mais son premier cabinet c’est largement le président de la République qui l’inspire. Il peut laisser bien sûr des marges de choix, voire une liberté totale dans des domaines qu’il estime moins importants, au Premier ministre qu’il a choisi. Mais si l’un a appelé l’autre c’est qu’ils se connaissaient, c’est qu’ils avaient déjà, l’un et l’autre, les mêmes connaissances du monde politique... Mais il est

²⁵⁹⁴ La CIR avait été fondée par F. MITTERRAND lui-même en 1964 et fut dissoute lors du Congrès d’Épinay de 1971.

²⁵⁹⁵ Centre d’Études, de Recherches et d’Éducation Socialiste. Le centre a été fondé en 1966 par J.-P. CHEVÈNEMENT, A. GOMEZ et D. MOTCHANE.

évident que pour le Premier ministre, c'est le président de la République qui joue un grand rôle. Mais ce ne sera plus le cas peut-être après trois, quatre ans et encore moins alors après cinq-six ans ; je songe au cas BARRE, Premier ministre de 1976 à 1981...

LS : Alors, j'ai une dernière question sur cette fonction de secrétaire général du Gouvernement et après, deux rapides questions sur d'autres fonctions que vous avez pu exercer. Est-ce que vous pouvez me parler rapidement des liens qu'entretient le secrétaire général du Gouvernement avec le secrétaire général de l'Élysée sur les nominations. À quel moment se rencontrent-ils au sujet des nominations ?

ML : Cela, ça tient beaucoup aux hommes tels qu'ils sont, pas seulement à la fonction qu'ils exercent... mais à ce qu'ils sont eux-mêmes.

LS : Vous, vous avez côtoyé quatre secrétaires généraux de l'Élysée différents.

ML : Oui, oui.

LS : BROSSOLETTE...

ML : Oui. Je ne le connaissais pas personnellement mais très vite, cela a été parfait. D'abord il était très au-dessus de beaucoup de considérations politiques ! Le second secrétaire général, lui je le connaissais bien depuis longtemps.

LS : C'était Jean-François PONCET.

ML : Oui. Il avait fait partie d'une « écurie » que je faisais à sciences po... donc il me connaissait un peu. Lorsqu'il est devenu secrétaire général, il était secrétaire général certes, mais on se connaissait et nos relations sont restées ce qu'elles étaient. Son père avait présidé mon jury lorsque j'étais entré à l'ENA.

LS : Il y a eu Jacques WAHL ensuite.

ML : Alors, je ne le connaissais pas du tout mais ça a été parfait aussi ! Je l'ai beaucoup apprécié.

LS : Et ensuite, le premier secrétaire général socialiste : Pierre BÉRÉGOVOY.

ML : C'était ?

LS : COLLIARD devait être son directeur adjoint avant de devenir son directeur de cabinet.

ML : Vous avez raison, je m'excuse. Avec BÉRÉGOVOY, c'était parfait. J'ai beaucoup regretté ce qui s'est passé, sa fin tragique. Non c'était un grand homme véritable qui avait fait une carrière syndicale et appris, et moi j'ai appris beaucoup de lui : nos rapports de secrétaire général de l'Élysée et, pour moi, de Gouvernement ont été merveilleux ! Ils ont d'ailleurs

survécu à ce temps.

LS : Et alors, est-ce que vous entriez en contact avec eux autour de la question des nominations ?

ML : Bien sûr. C'était à propos de la préparation du Conseil des ministres puisque les nominations sont soumises en partie B au Conseil des ministres. Donc, à ce moment là, on avait l'un et l'autre...

LS : ... Et quelle est la fonction de l'un et de l'autre au sujet des nominations justement ?

ML : L'un et l'autre... il faut qu'elle soit modeste pour l'autre ! Et même pour le secrétaire général de l'Élysée, le président de la République ne supporterait pas que... Ces nominations, c'était une affaire tout à fait personnelle du président de la République et nous les considérons comme telle.

LS : D'accord. Est-ce qu'on peut dire que la fonction du secrétaire général du Gouvernement est simplement de vérifier que juridiquement, ce soit possible de nommer telle personne ?

ML : Oui cela, c'est évident. C'est le minimum. Mais ça peut n'être que cela et cela mais peut être aussi un peu plus. [Rires] Il est impossible aussi de poser des règles, de faire un cours sur ce thème parce que cela dépend du tempérament propre de chacun des deux hommes, de la confiance qu'ils se font, de l'expérience qu'ils ont l'un et l'autre.

LS : C'est de l'humain.

ML : Oui... Il ne faut pas l'oublier ; ce qui l'est souvent ! Derrière la fonction il y a l'homme, heureusement !

LS : Alors, les deux dernières questions que j'avais à vous poser concernent d'autres fonctions que vous avez exercées. Je pense d'abord au comité VEDEL de révision de la Constitution.

ML : Oui, oui.

LS : Justement sur les nominations, le rapport de 1993 note le flou juridique qui plane autour des nominations sur le rôle respectivement joué par le président de la République d'une part, et par le Premier ministre d'autre part. Et le rapport préconise de réécrire l'article 13 de la Constitution pour redonner à la loi organique la compétence de décider des nominations en Conseil des ministres et à la loi ordinaire la compétence de décider des autres nominations auxquelles pourvoirait le président de la République. Est-ce que vous pouvez me dire un mot des questions qui se sont posées sur les nominations au comité VEDEL ?

ML : Dans ce comité, je n'étais pas tout à fait d'accord avec la majorité. Au fond j'étais très

République parlementaire mais pas entièrement présidentielle. J'ai soutenu devant le comité VEDEL... le mandat du président de la République assez long, sept ans, mais j'ai été battu sur ce point. C'était plutôt une position à la MAUROY : plus République parlementaire rationalisée que présidentielle.

LS : Et est-ce que vous vous souvenez du débat qu'il y a eu sur l'article 13, et notamment sur les nominations ?

ML : Ça n'a pas pris une extrême importance.

LS : Non ?

ML : Parce qu'on a pensé sans doute que cela échappait finalement à une réglementation trop rigide.

LS : Mais c'est vrai que le rapport exprime la volonté de redonner au Premier ministre la compétence de droit commun en la matière.

ML : Oui, bien sûr. En tant qu'ancien secrétaire général du Gouvernement, moi j'étais partisan d'encadrer les nominations pour qu'elles soient réellement faites par les autorités qui sont responsables des choix. Les « autorités » c'est souvent plusieurs personnes. Rares sont les nominations pour lesquelles il suffit vraiment de deux personnes, même s'il a suffit de deux signatures. Les entourages transparaissent et l'autorité juridiquement responsable est seule derrière l'acte ou la décision prise.

LS : D'accord. Alors, mon avant-dernière question vous concerne en tant que vous étiez à l'époque Vice-président du Conseil d'État. Je pense à l'arrêt *Meyet* sur le pouvoir réglementaire du président de la République et sa faculté d'évocation. C'est un arrêt qui a fait beaucoup parler la doctrine. La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si cet arrêt *Meyet* de 1992 pouvait avoir des conséquences sur les décrets individuels du président de la République et si, par l'arrêt *Meyet*, finalement, le Conseil d'État n'autorisait pas le président de la République à évoquer un certain nombre de nominations et, partant, à dessaisir le Premier ministre, ce qui présente un enjeu important en cohabitation notamment.

ML : Non. En tout cas, ce n'est pas ce que le Conseil d'État aurait voulu faire. Non.

LS : Et en rendant cette décision, j'imagine que la cohabitation restait un souvenir important. Est-ce que justement le Conseil d'État avait conscience que cet arrêt pouvait avoir des conséquences importantes entre un président de la République et un Premier ministre antagonistes ?

ML : Oui. Il y aurait pu en avoir. Mais même en cohabitation, ça ne se présente pas comme

ça. L'un et l'autre ne sont pas figés dans leur rôle de cohabitant et, en fin de compte, en ces périodes de cohabitation, il y a des rapports plus complexes et souvent plus normaux entre les deux autorités même s'ils sont de partis ou de familles politiques concurrents.

LS : Et vous pensez que l'arrêt *Meyet* a pu avoir des conséquences sur les nominations ?

ML : Non.

LS : Non. Il ne concerne que le pouvoir réglementaire ?

ML : Absolument.

LS : D'accord. D'accord. Et alors ma dernière question, qui est très générale, c'est de savoir s'il y a des choses sur lesquelles je ne vous ai pas interrogé et qu'il vous semble important de me dire s'agissant des nominations sous la Cinquième.

ML : Je ne sais pas si les nominations sous la Cinquième sont finalement tellement différentes de celles qui intervenaient sous la Troisième. Je ne sais pas. Mais sous la Quatrième, il y avait déjà ce problème. Je me souviens d'un cas, à l'époque c'était... un radical qui s'est noyé avec son yacht... le dernier président du Conseil avant PFLIMLIN.

LS : Je ne sais plus...

ML : [*Silence*] ... Juste après BOURGÈS-MAUNOURY...

LS : Félix GAILLARD, peut-être ?

ML : Peut-être... Mais justement sous la Quatrième, ça pouvait être le candidat du Premier ministre qui soit choisi. Ça, c'était certain.

LS : Beaucoup plus que sous la Cinquième.

Bien. Je n'ai pas d'autres questions à vous soumettre.

ML : C'était intéressant.

LS : Oui je crois que c'était très intéressant. Je vous remercie beaucoup pour tout ce temps que vous m'avez consacré.

Fin de l'enregistrement. Nous prenons congé.

Entretien avec Mme Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU, le 25 juillet 2013

Après un courrier adressé à M. Serge LASVIGNES, secrétaire général du Gouvernement, j'ai obtenu une proposition de rendez-vous avec sa directrice de Cabinet : Mme Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU. C'est à ce titre que je l'ai interrogée. Le rendez-vous était fixé à 10h au secrétariat général du Gouvernement, Hôtel Matignon, le 25 juillet 2013. Après avoir obtenu l'autorisation d'enregistrer notre entretien, je présente l'objectif du rendez-vous à S. MARAIS-PLUMEJEAU.

Durée de l'enregistrement : 40 min.

SMP : Sur l'aspect « choix en opportunité » de qui on nomme et sur les rapports, l'articulation et le poids respectif de l'Élysée et Matignon, je ne suis pas certaine de pouvoir vous apporter d'éléments très précis. Je précise que je n'ai pris mon poste que 1^{er} juillet, ce qui me donne un faible recul sur le sujet.

LS : Et vous n'étiez pas au secrétariat en 2005 ?

SMP : Si ! J'ai été en poste au secrétariat général du Gouvernement entre 2005 et 2010, mais en qualité de chargé de mission adjointe, sur le secteur fonction publique notamment.

LS : Ce qui n'est pas complètement étranger aux nominations !

SMP : Ce n'est en effet pas étranger au processus de nomination. En revanche, c'est totalement étranger au processus de nomination en Conseil des ministres parce que les nominations en Conseil des ministres sont traitées à part des autres nominations, par le cabinet du secrétaire général du Gouvernement. Mais peut-être ne connaissez-vous pas précisément quelle est l'organisation du secrétaire général du Gouvernement ?

Voici un organigramme. La structure de base du SGG comporte des chargés de missions qui assurent le suivi d'un secteur ministériel et sont placés sous l'autorité directe du directeur, adjoint au SGG.

Le SGG dispose d'un autre adjoint, chargé de la simplification et lui est aussi rattaché, en matière de modernisation de l'État, le secrétariat général pour la modernisation de l'action publique. Mais ces structures n'interviennent pas dans le processus qui nous occupe. En revanche, nous travaillons en liens étroits avec la Déléguée aux cadres dirigeants, Isabelle ROUX-TRESCASES. Elle anime en particulier un vivier de cadres dirigeants qui rassemble des personnels ayant vocation à occuper des emplois de directeurs d'administration centrale ou d'établissements publics notamment. Il y a dans cette fonction l'idée de favoriser l'accès des femmes à l'encadrement dirigeant, mais aussi celle de professionnaliser le recrutement

des cadres dirigeants. Je ne sais pas si vous en avez connaissance, mais une circulaire récente du Premier ministre demande [*elle me montre la circulaire*], pour les nominations à certains emplois à décision du Gouvernement, que le ministre fasse trois propositions, parmi lesquelles il doit y avoir au moins un représentant d'un des deux sexes et au moins un membre du vivier interministériel. Le ministre doit classer ces propositions selon un ordre de préférence en motivant son choix. Isabelle ROUX-TRESCASES fait vivre ce processus. Et au cabinet du SGG aussi, on le fait vivre puisque, quand on reçoit des propositions de nominations en Conseil des ministres, on vérifie l'existence des trois propositions ou on suscite ces propositions quand elles ne sont pas faites spontanément.

LS : Donc il faut que les ministres justifient...

SMP : Oui. Il existe une demande du Premier ministre que les ministres, quand ils proposent des nominations, fassent cet effort. Il ne s'agit finalement que de faire en sorte que l'autorité de nomination, en l'occurrence le président de la République s'agissant des nominations en Conseil des ministres, puisse exercer un choix.

LS : D'accord. Et le fait que cela ait été mis noir sur blanc dans une circulaire est nouveau, n'est-ce pas ? Ce n'est pas la première fois qu'on entend dire, dans les discours présidentiels ou primo-ministériels, qu'il serait bon de diversifier un peu le personnel dirigeant, mais à ma connaissance, c'est la première fois que cela est formalisé...

SMP : En effet, c'est récent. La circulaire que j'évoquais date du 3 mai dernier²⁵⁹⁶... [*Le téléphone sonne.*] Si on doit préciser quel est le partage des rôles entre le cabinet du secrétaire général et la déléguée interministérielle, je dirais que la déléguée a un rôle plus dynamique, d'animation, une approche « ressources humaines » en quelque sorte, alors qu'ici on se concentre plutôt sur les aspects de vérification juridique et de procédure. Ce que je vous expliquais avant cette digression, c'est que les chargés de mission regardent les nominations qui ne sont pas en Conseil des ministres, en particulier les chargés de mission du pôle « fonction publique » qui voient par exemple toutes les nominations aux emplois de direction des ministères du type sous-directeur ou chef de service. Les chargés de missions voient aussi toutes les nominations par le Premier ministre ou le président de la République qui ne relèvent pas du Conseil des ministres.

LS : D'accord. Alors justement, je m'intéresse à ces nominations « président de la

²⁵⁹⁶ Circ. signée le 3 mai 2013, NOR : PRMX1311658C, Numéro interne : 5657/secrétariat général. Publiée en ligne : http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2013/05/cir_36915.pdf.

République hors Conseil des ministres ». D'ailleurs, vos services m'ont demandé, avant l'entretien, si j'avais une demande précise, et c'est pourquoi je leur avais indiqué que je cherchais à savoir s'il y avait une liste exhaustive...

SMP : Non. Il n'y en a pas. La question de la répartition entre nomination par le président de la République et par le Premier ministre est une question assez fréquente. Elle se pose notamment à chaque fois qu'on écrit dans un texte que tel dirigeant est nommé par décret. On estime ici qu'en pareil cas, c'est le président de la République l'autorité de nomination et que si on entend que ça soit le Premier ministre, il convient d'écrire « par décret du Premier ministre », ce qui suppose que le président de la République ait délégué sa compétence pour le faire, par décret en Conseil des ministres.

LS : Mais il y a très peu de cas... Mis à part les conservateurs de bibliothèques !

SMP : Oui. Très peu. D'ailleurs, en termes de légistique, on n'a pas toujours agi de la même manière. Dans certaines hypothèses, on a soumis au Conseil des ministres la totalité du statut particulier des agents dont on entendait qu'ils soient nommés par décret du Premier ministre, puis on a « dé-Meyetisé » (permis la modification du décret sans passage en Conseil des ministres) le décret à l'exception de la disposition qui délègue au Premier ministre la compétence de nomination. Dans d'autres cas, on a soumis au Conseil des ministres seulement la disposition ayant pour objet la délégation.

LS : Oui. Et donc il suffit de mentionner « par décret » pour que, par défaut, ça revienne au président de la République.

SMP : Oui. Mais il s'agit de l'application stricte de l'article 13 de la Constitution : on estime que la compétence de nomination première, sous réserve de délégation, revient au président de la République.

LS : Très bien. Donc vous étiez entre 2005 et 2010 au pôle fonction publique ?

SMP : Oui.

LS : Et alors, même si vous ne voyiez que les nominations hors Conseil des ministres du président de la République et du Premier ministre, peut-être avez-vous vu une différence d'appréhension par les deux présidents de la République et les deux Premiers ministres de leur compétence ?

SMP : Honnêtement, on perçoit peu ces choses à mon niveau. Comme je vous le disais, on exerce essentiellement un contrôle de la régularité juridique et la clé politique est à la main du cabinet du Premier ministre et de la Présidence de la République.

LS : D'accord. Ce n'est pas le secrétaire général de l'Élysée qui...

SMP : Assurément, il y a des discussions entre l'Élysée et Matignon. Mais, la clé politique à Matignon, c'est le cabinet du Premier ministre. Au terme du processus qui conduit à un ordre du jour du Conseil des ministres, y compris pour les nominations, il existe une réunion hebdomadaire entre le secrétaire général du Gouvernement et le secrétaire général de l'Élysée. Pour ce qui est des nominations relevant du président de la République mais non délibérées en Conseil des ministres, on retrouve le système habituel de double clé SGG/cabinet du Premier ministre, qui conditionne la mise à la signature du Premier ministre, avant transmission de parapheurs à la Présidence de la République.

LS : D'accord. Et le secrétaire général du Gouvernement recueille la signature du président de la République ?

SMP : Oui. C'est le secrétariat général du Gouvernement qui recueille la signature du président de la République, au terme du processus.

LS : Après la contresignature.

SMP : Oui.

LS : D'accord. Et même hors Conseil des ministres, les nominations sont contresignées, et cette contresignature intervient toujours avant la signature par le président de la République.

SMP : Oui.

LS : On est d'accord. Alors, votre rôle depuis juillet 2013...

SMP : C'est tout récent ! [*Sourires*], ce qui ne me permet pas vraiment de vous indiquer si des évolutions sont perceptibles dans la pratique.

LS : Mais vous avez vu quelques nominations...

SMP : Naturellement. On a connu quatre Conseils des ministres assez copieux en la matière, notamment le dernier²⁵⁹⁷. Les noms nous arrivent par des canaux assez divers finalement et on vérifie ici des questions juridiques et de procédure, ainsi que l'accord politique du cabinet du Premier ministre, notamment du directeur de cabinet. Ces nominations, comme je vous l'indiquais, sont vues avec l'Élysée, par le secrétaire général lui-même.

LS : D'accord. Donc une fois qu'on pense que juridiquement la nomination est solide, on vérifie que politiquement...

SMP : C'est dans les faits un exercice un peu parallèle. Mais bien sûr, si juridiquement il y a

²⁵⁹⁷ Il s'agit du Conseil des ministres du 24 juillet 2013.

un problème, on le fait valoir. Mais pour le moment, je n'ai pas été confrontée à cette situation.

Au-delà de l'aspect discrétionnaire du choix, on nomme en Conseil des ministres à des emplois pour lesquels il existe des règles de procédure notamment dont il importe de vérifier qu'elles ont été respectées. C'est le cas pour des nominations par exemple dans les inspections, où certains avis sont requis ou pour les nominations au Conseil d'État ou à la Cour des comptes qui doivent intervenir dans un certain ordre.

LS : D'accord. Donc ça, c'est le travail du secrétaire général du Gouvernement ? Vous, précisément, en tant que directrice de cabinet... ?

SMP : Je procède à la première analyse, dont nous discutons avec le directeur et le secrétaire général.

LS : Comme je vous dis, ce qui m'intéresse c'est de voir l'évolution dans les pratiques à la fois présidentielles, primo-ministérielles, ministérielles, voire les pratiques de leurs entourages, de leur cabinet, pour savoir dans quelle mesure...

SMP : Vous avez eu des contacts avec le cabinet du Premier ministre ?

LS : Non. C'est vrai qu'il a fallu que je limite au départ le champ des gens que j'allais rencontrer. J'ai fait un certain nombre de choix. Ça demande beaucoup de temps mais... ! Mais c'est vrai que je me suis aperçue que rencontrer les directeurs de cabinets des Premiers ministres pourrait être intéressant.

SMP : Si l'élément qui vous intéresse est lié finalement au choix, c'est davantage vers le politique qu'il me semble que vous devriez vous tourner.

LS : Bien sûr. Et donc l'idée c'est de voir l'évolution et la façon dont cela se pratique. J'en viens justement à une autre question, à laquelle vous avez sûrement une réponse... J'ai travaillé au départ, en faisant mon mémoire, sur la révision de 2008 et l'article 13 alinéa 5, c'est-à-dire l'avis des parlementaires. Est-ce que vous, depuis 2008 éventuellement mais aussi depuis votre arrivée, vous avez pu voir les effets de cette réforme sur la façon... ?

SMP : Je n'en ai pas vu depuis que je suis arrivée. On gère ici la procédure de saisine du Parlement, et la manière dont est rendu public le choix du Gouvernement de saisir le Parlement de tel ou tel nom.

LS : Bien. Bien. Bon je crois que je n'ai plus tellement d'autres questions parce que c'est vrai que votre poste est tout frais ! Il faudrait que je vous revoie dans trois ans ! [*Rires*] Mais vous m'avez donné des éléments intéressants ! Notamment sur ce que vous m'avez bien montré,

c'est-à-dire cette idée de proposer des choix...

SMP : Oui, cette idée de formaliser des propositions pour laisser à l'autorité de nomination un choix, me semble très importante même si elle reste difficile à appliquer.

LS : Oui, et puis que les choses ne se fassent pas que de façon informelle.

SMP : Et ça, ça commence à venir.

LS : Et ça prend vraiment corps.

SMP : Oui, oui. On a déjà reporté des nominations dans l'attente de la formalisation des trois propositions.

LS : D'accord. Et les ministres reçoivent bien cette circulaire ?

SMP : Disons qu'ils la mettent en œuvre !

LS : Et le rôle de votre collègue Mme ROUX-TRESCASES²⁵⁹⁸, est de savoir justement quelles sont les réserves humaines... ?

SMP : Oui, exactement. C'est de savoir quelles sont les réserves humaines. C'est aussi celui d'aider, si un ministère a du mal à pourvoir telle direction ou tel secrétariat général... Elle fait d'une certaine manière du qualitatif. Ici on fait plus de la procédure et du droit. C'est-à-dire qu'à la fois, elle va sensibiliser les secrétaires généraux des ministères à la démarche, et puis elle a un outil informatique avec un vivier d'agents ayant un parcours qui les positionne pour occuper des emplois de cadres dirigeants. C'est une sorte de chasseur de têtes.

LS : Et donc je peux la contacter ?

SMP : Oui, oui. Je vais lui en parler.

LS : Non, parce que ça peut être aussi intéressant pour moi de...

SMP : Oui ! Et puis elle anime ce vivier.

LS : Et – puisque vous parlez de ressources humaines – au-delà de cette circulaire du 3 mai, est-ce qu'il y a un profil qui est établi avant de pourvoir le poste ? « On a besoin de pourvoir tel poste, il nous faudrait quelqu'un qui aurait tel profil. »

SMP : Cette démarche peut être celle d'Isabelle ROUX-TRESCASES même si on ne peut pas dire que pour chaque poste on ait élaboré une fiche de poste précise.

LS : D'accord. Donc c'est elle qui établit le profil et essaye de trouver une personne idoine.

²⁵⁹⁸ Mme ROUX-TRESCASES dont le nom a été cité plus haut par notre interlocutrice était à l'époque la déléguée chargée des cadres dirigeants de l'État. Nous l'avons contactée à la suite de cet entretien mais n'avons pas obtenu de réponse.

SMP : Cela étant, force est de constater qu'il y a un certain nombre de cas dans lesquels le ministre ou ses proches ont une idée bien précise de qui est la personne idoine pour le poste. Mais il existe aussi des cas intéressants dans lesquels des ministères vont se retourner vers la déléguée pour lui dire : « On a besoin de pourvoir telle direction d'administration centrale, on pense qu'il faudrait quelqu'un présentant telles qualités... ».

LS : D'accord. Donc elle serait plus... du côté de la clé politique comme vous disiez. Et de votre côté donc, vous ne sentez pas d'enjeux politiques. C'est vrai que j'ai été étonnée de voir que vous aviez été nommée en juillet 2013. Je me suis demandé pourquoi un tel changement avait eu lieu, pourquoi ce choix avait été opéré et s'il y avait une dimension politique à cette nomination... ?

SMP : Pas du tout. Le secrétariat général du Gouvernement est un endroit caractérisé par sa permanence en dépit des changements politiques malgré sa grande proximité du politique

LS : Certes, et on le voit dans les mandats des SGG.

SMP : Oui, qui de manière assez traditionnelle ne change pas en cas d'alternance.

LS : Oui, mais je me demandais si... si l'équipe bouge, alors que le SGG reste le même, s'il y a un enjeu politique ici.

SMP : L'équipe ne bouge pas à la faveur des alternances. En l'occurrence, mon prédécesseur – qui était chargé de mission fonction publique quand j'étais son adjointe²⁵⁹⁹ –, vient d'être nommé à la Cour des comptes, mais n'a pas quitté ses fonctions pour une raison politique.

LS : Donc il y a vraiment une étanchéité politique.

SMP : Oui, oui vraiment. Je crois que c'est une caractéristique très importante de cette maison qui assure cette permanence. C'est une sorte d'îlot administratif d'organisation du travail gouvernemental quelle que soit...

LS : ... la couleur du Gouvernement.

SMP : Voilà.

LS : Très bien. Bien je pense que j'ai à peu près fait le tour, je ne vais pas vous embêter plus longtemps.

SMP : Mais vous ne m'embêtez pas !

²⁵⁹⁹ Il s'agit d'O. FOMBARON. Nommé auprès du Premier ministre par arrêté du 4 octobre 2005, publié au *JORF* du 12 octobre 2005 à compter du 1^{er} août 2005. Il a ensuite été nommé directeur de cabinet du secrétaire général du Gouvernement avant d'être nommé conseiller référendaire à la Cour des comptes par décret du 13 mai 2013 paru au *JORF* n°0110 du 14 mai 2013.

LS : Et je vais contacter votre collègue. Mais comme ça, je ne vois pas d'autres choses.

SMP : D'accord. Je vais demander qu'on vous apporte un organigramme et je vais vous donner les coordonnées. *[Elle téléphone. Puis revient s'asseoir.]*

LS : Bon, et puis je me demandais si cette liste exhaustive des nominations avait pu être établie mais...

SMP : Je ne crois pas qu'elle existe. On agit conformément à ce que prévoient les textes, mais il y a aussi une part d'opportunité dans certaines nominations en Conseil des ministres.

LS : Justement et je me demandais si il y avait eu un changement. Puisque quand on lit les discours présidentiels et la façon dont chacun nous donne des informations sur la façon dont il conçoit son rôle, il me semblait justement que dans la démarche du président actuel... Je regarde par là-bas parce qu'il est là ! *[Le portrait officiel de François HOLLANDE est affiché, comme il se doit]* Je me sens observée ! *[Rires]* Donc il me semblait que dans sa démarche, il y avait l'idée de revenir à une Cinquième où le Premier ministre aurait un rôle différent.

SMP : En même temps, on a toujours l'article 13 qui nous dit que le président de la République nomme aux emplois civils et militaires. Alors après, on a toute la déclinaison de l'ordonnance organique...

LS : ... qui prévoit quelques cas de décret hors Conseil des ministres.

SMP : Voilà.

LS : ... qui prévoit un décret en Conseil des ministres pour les établissements et entreprises publics.

SMP : Oui !

LS : Mais justement, c'est une interprétation de l'article 13. Alors qu'on dit volontiers que le pouvoir réglementaire appartient au Premier ministre sous réserve de la compétence du président de la République. On a lu – sur la même structure d'article – strictement l'inverse ! Alors que c'est le même alinéa de l'article 21 que l'on prend pour défendre ces deux hypothèses opposées.

SMP : Je n'ai pas distingué de changement récent dans la lecture des institutions en matière de nominations. Et puis, il y a toutes les nominations qui sont déléguées aux ministres. C'est finalement la masse des fonctionnaires.

LS : Oui. Quand vous étiez de l'autre côté de la rue, comme vous disiez... *[Une personne entre et apporte l'organigramme et les coordonnées de la déléguée en charge des cadres dirigeants de l'État]*. Merci.

SMP : Merci. [*Elle me remet les documents*]

LS : Je vous remercie beaucoup. Je n'appellerai pas tout de suite pour vous laisser le temps...

SMP : Voilà. En fait, je la vois aujourd'hui... Donc.

LS : Très bien. Merci beaucoup. Oui, donc, j'imagine que le gros des nominations que vous voyiez quand vous étiez...

SMP : Je voyais beaucoup de nominations par arrêtés pour les emplois du type sous-directeurs ou chefs de services sur le fondement du décret de 55 qui n'est plus en vigueur d'ailleurs²⁶⁰⁰ !

LS : Oui il a été remplacé en 2012²⁶⁰¹.

SMP : Oui ! Je voyais aussi des nominations par décrets du président de la République, comme les professeurs du supérieur qui sont nommés par le président de la République mais non en Conseil des ministres. Ça, c'était une masse importante, en particulier tous les professeurs associés.

LS : Oui. Oui. Mais ça, c'est prévu par l'ordonnance 1136²⁶⁰². Mais du point de vue de la quantité, le principal, c'était le Premier ministre... ?

SMP : Bien, les chargés de missions ont pour validation ce qui devra recueillir la signature du Premier ministre. Ce qui est strictement de signature ministérielle, le SGG n'intervient pas, sauf problème juridique sur lequel nous serions sollicités pour vérifier telle ou telle chose ce qui est à la main des ministres n'arrive dans la maison SGG que pour la publication au JO via ce service-là [*Elle me montre l'organigramme*] : le service de la législation et de la qualité du droit qui lui s'occupe – en particulier le département de l'activité normative – de la publication au JORF.

LS : Mais alors – puisque je découvre le nouvel organigramme – l'organisation a un peu changée depuis 2008 et 2011, non ?

SMP : Oui, même si la structure de base est inchangée.

LS : Effectivement.

SMP : À l'exception d'Isabelle ROUX-TRESCASES qui est nouvelle, en charge d'une

²⁶⁰⁰ Il s'agit du décret n°55-1226 du 19 septembre 1955 *portant règlement d'administration publique relatif aux conditions de nomination et d'avancement dans les emplois de chef de service, de directeur adjoint et de sous-directeur des administrations centrales de l'État.*

²⁶⁰¹ Le décret n°2012-32 du 9 janvier 2012 *relatif aux emplois de chef de service et de sous-directeur des administrations de l'État* a abrogé le décret de 1955 et s'y est substitué.

²⁶⁰² Ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 *portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État.*

fonction nouvelle. Moi j'ai connu la configuration où le secrétaire général avait un seul directeur. Quand je suis arrivée, le secrétaire général était Jean-Marc SAUVÉ, et le directeur, l'actuel secrétaire général²⁶⁰³. Ensuite, il [S. LASVIGNES] est devenu secrétaire général, et avait toujours un seul directeur, Jacques-Henri STAHL. Ce n'est qu'ensuite qu'est intervenue une configuration à deux directeurs adjoints au secrétaire général. Le directeur avec son rôle historique –, et un autre directeur qui était chargé de la mise en place de la réforme de l'État territorial – François SENERS dans un premier temps, puis Jérôme FILIPPINI, devenu ensuite SGMAP et qui est donc en charge de la modernisation de l'État.

LS : D'accord.

SMP : En réalité, le SGG a étoffé son rôle à des sujets qui étaient historiquement moins pris en charge ici : réforme de l'état, modernisation, simplification...

LS : D'accord. Alors, pour finir, est-ce qu'il y a d'autres choses sur lesquelles je ne vous ai pas interrogée et qu'il vous aurait semblé important de me dire ?

SMP : Non. Non. Mais je suis à votre disposition s'il y a d'autres choses que vous vouliez voir avec moi *a posteriori*. Après avoir rencontré la directrice de cabinet du président de la République, n'hésitez pas à revenir vers moi.

LS : D'accord. Je vous remercie de m'avoir accordé votre temps.

Fin de l'enregistrement. Nous prenons congé.

²⁶⁰³ Jean-Marc SAUVÉ a exercé les fonctions de secrétaire général du Gouvernement entre 1995 et 2006. Serge LASVIGNES a été son directeur de cabinet entre 1997 et 2006 avant d'être lui-même nommé secrétaire général du Gouvernement par décret du 22 septembre 2006 publié au *JORF* n°221 du 23 septembre 2006.

Entretien avec M. Michel ROCARD, le 6 septembre 2013

C'est notamment parce qu'il fut Premier ministre que j'ai souhaité rencontrer M. Michel ROCARD. Le rendez-vous était fixé à 11h30 à son bureau de l'avenue des Champs-Élysées, le 6 septembre 2013. Après avoir obtenu l'autorisation d'enregistrer la conversation, M. ROCARD me fait savoir qu'il dispose d'un quart d'heure.

Durée de l'enregistrement : 35 min.

LS : Très bien, donc s'il faut qu'on fasse vite, peut-être pourriez-vous me dire un mot sur la façon dont vous vous êtes partagé les rôles, M. MITTERRAND et vous-même, au sujet des grandes nominations de l'État ?

MR : Il n'y a pas de cas ROCARD, c'est la répartition habituelle. Nommer, c'est compliqué. La plupart du temps, le secteur dont il est question est inconnu du président de la République sinon de la totalité des ministres. Il faut investiguer, il faut aller chercher. La plupart du temps, il y a beaucoup de candidats et il y a deux options : ou bien un consensus se fait dans l'appareil Gouvernemental – différents ministres, des conseillers du président de la République – auquel cas il n'y a pas de problème et le président de la République signe ; ou bien le consensus ne se fait pas et le président de la République choisit. Point.

LS : Et le rôle du Premier ministre ?

MR : Il est un des proposant les mieux placés. Pas plus. Mais c'est Cinquième République. Ce n'est pas le cas ROCARD.

LS : Mais dans vos relations avec le président MITTERRAND, est-ce qu'ont pu apparaître des discussions quant à certaines nominations ? Votre rôle était-il différent en fonction des domaines, du champ dans lequel intervenaient les nominations ?

MR : Dans le cadre général qu'on vient de préciser. Le problème des nominations fut la croix, la bannière et le pire de mes relations avec MITTERRAND pendant trois ans !

Il ne faut pas oublier que ce grand bonhomme n'avait été, avant de passer en politique, qu'avocat. Il n'avait donc jamais commandé personne. Il ne savait pas ce que c'était que les grandes boutiques, ni industrielles, ni même administratives. Au fond il s'en foutait. Il considérait que la politique, ça consiste à prendre les décisions majeures et que c'est les grands chefs qui les prennent. Les services, ça doit suivre et ça n'existe pas. Cette indifférence à l'appareil, cet oubli de ce que l'administration peut aussi, si elle n'est pas d'accord, saboter, freiner même infléchir, étaient déjà graves.

Deuxièmement, le monde politique est si difficile d'une part ; d'autre part les compétences,

les capacités techniques sont tellement difficiles à évaluer que la valeur majeure va être la fidélité. L'amitié et la fidélité triomphent de toute appréciation des mérites.

Troisièmement connaissant ces points précédents, j'ai compris dans les dix minutes qui ont suivi ma nomination à moi comme Premier ministre, que les nominations, en général, allaient être mon plus infernal problème. Et comme je désapprouvais, assez profondément, cet excès de fidélité aux copains, aux amis et ce mépris des vraies compétences, de la technicité dans les choix professionnels, je m'étais dit que mon boulot consistait à protéger la France – c'est un peu arrogant mais enfin bon – des dégâts de tout ça. Et je me suis donc fait dans ma tête ma liste des secteurs à protéger du copinage au profit de la compétence.

Catégorie 1 – les producteurs de richesses : les chefs d'entreprise publique – Air France, l'électricité, EDF, l'atome, les PTT, Renault. Tout ça, c'est décisif. La balance des paiements globale, l'emploi, etc. On verrait bien comment ça évoluerait, mais là, je ne voulais accepter aucune espèce de concession au clientélisme. Or, ça menaçait de partout, puis c'était l'habitude dominante. Première catégorie donc, les fabricants de richesses publiques.

Catégorie 2 – la finance : à une crise financière, on survit mieux qu'à une vraie crise économique ; c'est d'importance seconde sauf quand elle devient folle comme en ce moment. Mais quand même, ce n'est pas un secteur où on peut rigoler, et c'est un secteur qui exige une compétence peut-être encore plus pointue. Donc la haute finance : services de l'État et services parallèles à l'État jusqu'à la banque de France. Deuxième catégorie.

Troisième catégorie – la Haute fonction publique : préfets, ambassadeurs, directeurs d'administration centrale, divisionnaires de police. N'oubliez pas les derniers ! Ce ne sont pas les moins importants. La haute fonction publique.

Quatrième catégorie – les militaires : mais ce ne serait pas le plus difficile. Attendez, non ; la quatrième catégorie, c'était les médias. J'avais six catégories, j'en oublie une.

La Cinquième, c'était les militaires. J'y connaissais rien, je n'avais pas de revendication. Enfin, on peut déjà faire avec ces cinq-là.

[Il cherche manifestement la dernière catégorie]

LS : La justice, non ?

MR : Oui, peut-être bien. Peut-être bien.

La bagarre la plus solennelle commence avec le renouvellement des présidents d'entreprise publique qui se faisait tous les trois ans. Je trouvais cela une folie ; ça ne leur laissait pas le temps de travailler. Il faut dix ans dans ce genre de métier. Et puis surtout,

chaque fois que le temps de renouvellement de l'un d'entre eux était venu, il y avait plein de copains du président – et pas tous recommandables, y compris moralement et financièrement... Et c'est comme ça que, parmi les chefs d'entreprise publique, j'en ai sauvé au moins trois qui n'étaient pas éminemment de droite mais, enfin, ouvertement connus comme conservateurs et hostiles aux socialistes, mais très bons gestionnaires ; indiscutables.

Dans la liste, il y a Jean GANDOIS qui s'en souvenait encore quand il est devenu après président du CNFP²⁶⁰⁴. Il y a... Je me demande s'il n'y a pas Francis MER. Non, quand même ! Mais il y avait surtout...

Je vous raconte une anecdote. On m'annonce que Total va changer de président : le président part. Il y avait eu François Xavier ORTOLI²⁶⁰⁵, il y avait eu le fleuron de la haute fonction publique. Un des bijoux de la République, une mine à fric comme il n'y en a pas beaucoup en France : un joyau. Alors il y aurait inévitablement soixante candidats. J'ai la chance, qui va être décisive, de l'apprendre presque avant tout le monde. Peut-être sur la courtoisie du président sortant d'ailleurs. Je téléphone à mon ministre de l'Industrie, Roger FAUROUX, et qui ne le sait pas encore. Et je dis à Roger : « Écoute, j'apprends que le président de Total fout le camp. [*Aparté à mon attention* : Je ne sais plus qui c'était. C'était peut-être ORTOLI] Toute la mitterrandie... et pas seulement la mitterrandie... tout le monde va être candidat, et même s'il faut faire un cadeau aux giscardiens, on le ferait. Enfin, tout le monde va être candidat : je te donne huit jours, Roger, pour secrètement chercher quelle serait dans le milieu pétrolier la candidature la plus évidente et la plus acceptée. » Cinq jours après, Roger FAUROUX me téléphone : « Écoute, j'ai ta réponse et c'est évident car le consensus est immense. Personne ne connaît le type. C'est un interne. Toute sa vie à Total. C'est le meilleur, il serait indiscuté, il s'appelle Serge TCHURUK. » Aucune notoriété. Aucun écho politique : impossible. Je vais donc passer trois ou quatre mois à casser une par une les candidatures dissidentes autres : sur la réputation, sur l'incompétence, sur l'évidence qu'ils n'étaient pas de taille... J'en ai cassé une dizaine ou une douzaine. On a tué le temps. TCHURUK ne sachant rien. Je ne l'avais jamais rencontré, je ne le connaissais pas. Ce qui était une condition du succès de la suite d'ailleurs : « Jamais rencontré, connais pas ». Et j'ai réussi à le nommer ; ça

²⁶⁰⁴ Ancien élève de polytechnique, il devint ensuite ingénieur des ponts et chaussées. De 1972 à 1974, il fut directeur général de Sacilor. En 1974, il entra chez Rhône-Poulenc, dont il fut PDG de 1979 à 1982. Il retrouva le monde de l'entreprise publique dès 1986, en prenant la tête de Pechiney jusqu'en 1994. C'est à cette date qu'il devint président du CNPF – Conseil national du patronat français qui sera ensuite remplacé, en 1998, par le MEDEF (Mouvement des entreprises de France).

²⁶⁰⁵ En réalité, M. ORTOLI, inspecteur des finances, ministre et premier président français de la Commission européenne (1973–1977) était le président sortant de l'époque.

a pris six mois. Voilà pour une ! Il m'en a su gré toute sa vie.

[*Silence*] J'en oublie un ; on pourrait le retrouver. J'ai sauvé trois des chefs d'entreprise non socialistes dont MITTERRAND voulait se débarrasser... en imposant l'incompétence... Bon, ça, c'est pour la production de la richesse.

Un peu la même chose dans la banque. J'ai moins de souvenirs de vrais conflits... Mais faites aussi attention à une chose : les services sont commandés par le Premier ministre qui est chef de l'administration. Ça veut dire que le contrôle de la rumeur, le contrôle des émissions de rumeurs dans les salons mondains, c'est Matignon, ce n'est pas l'Élysée. Ça permet bien des choses. Je n'ai pas souvenir de nomination dans le secteur de la finance, mais enfin, j'ai dû sauver deux ou trois talents.

LS : Et la rumeur peut servir à placer des gens et à en casser d'autres ?

MR : Oui, bien sûr ! J'ai essayé d'avoir du discernement sur la qualité. Il y a là dedans une nomination parfaitement essentielle que j'ai imposée et avec du mal, c'est Jean PEYRELEVADE²⁶⁰⁶ à l'UAP. Mais pourquoi ?

Vous avez peut-être entendu parler d'une histoire un peu folle pendant les années de la fin du premier mandat de François MITTERRAND – où déjà on avait fait n'importe comment beaucoup de nationalisations, notamment dans la banque. Il était né un projet étrange, inventé par le frère aîné de Michel PÉBEREAU²⁶⁰⁷, qui s'appelait Georges PÉBEREAU²⁶⁰⁸, et qui

²⁶⁰⁶ Haut fonctionnaire et chef d'entreprise, Jean PEYRELEVADE a été conseiller économique et directeur adjoint du cabinet du Premier ministre, Pierre MAUROY, avant de soutenir François BAYROU lors de l'élection présidentielle de 2007. Il se présente volontiers comme un homme de centre-gauche. Il a dirigé Suez de 1983 à 1986 puis la Banque Stern de 1986 à 1988, avant d'être nommé à la tête de l'UAP à partir de 1988. De 1993 à 2003, il dirigea le Crédit lyonnais. Il a rejoint le secteur privé en 2004.

²⁶⁰⁷ Michel PÉBEREAU est un haut fonctionnaire et dirigeant d'entreprise. Après être passé par l'inspection des finances et par les cabinets des ministres de l'économie, Valéry GISCARD D'ESTAING et René MONORY, il rejoint le secteur bancaire. Directeur général du Crédit commercial de France dès 1982, il entreprit sa privatisation et restera PDG de la structure jusqu'en 1993. Il contribua aussi à la privatisation de la Banque nationale de Paris (qui deviendra BNP Paribas) dont il sera PDG entre 1993 à 2003.

²⁶⁰⁸ Georges PÉBEREAU a collaboré au sein des cabinets de nombreux ministres : Edgard PISANI, François-Xavier ORTOLI, Robert GALLEY et Albin CHALANDON. En 1984, il est nommé à la tête de la Compagnie générale d'électricité. Il crée Marceau Investissements en 1987. Cette société tentera un « raid » (une prise de contrôle) sur la Société générale. Éclatera ensuite l'affaire dite de « la Générale » dans laquelle seront mis en examen Georges PÉBEREAU, Jean-Charles NAOURI, ex-directeur de cabinet de M. Pierre BÉRÉGOVOY, François DALLE, ancien PDG de L'Oréal, et Geneviève DALLE, son épouse, les financiers Jean et Jean-Claude FOURREAU, le banquier Jean-Pierre PEYRAUD, Christian PELLERIN, promoteur immobilier, Samir TRABOULS, homme d'affaires libanais, Georges SOROS, homme d'affaires américain et Marc VIÉNOT, alors PDG de la Société Générale (*Le Monde* du 30 avril 1992 et du 7 mai 1994). Georges PÉBEREAU et Marc VIÉNOT ont bénéficié de la loi n°95-884 du 3 août 1995 *portant amnistie*. François et Geneviève DALLE, Christian PELLERIN, Jean et Jean-Claude FOURREAU obtiendront un non-lieu. Jean-Charles NAOURI et Samir TRABOULSI ont été relaxés. Jean-Pierre PEYRAUD ne sera finalement pas jugé ; il décède en 2003 (*Challenges* du 7 août 2009). Seul SOROS fut condamné à une amende de 2,2 millions d'euros en première instance, ce qui sera confirmé par la Cour d'appel de Paris le 24 mars 2005 (*Le Monde* du 26 mars 2005). Sur

était d'aller capitalistiquement attaquer la Société Générale de Belgique, pour donner une dimension internationale à la puissance du capitalisme public d'origine française. Curieusement, mon copain Robert LION, qui, à ce moment-là, était directeur général de la Caisse des dépôts et consignations, était d'accord. C'est-à-dire que Robert LION commandait des dizaines de milliards de francs. Moi, je trouvais que ça sentait mauvais, que c'était risqué. Je n'aimais pas ça du tout. Mais, pour ce faire, ils avaient besoin de compléter le dispositif en prenant le commandement de l'UAP : société d'assurance nationalisée, décision au gré du président. L'agent le plus convaincu de ce projet était mon propre ministre des finances – celui de MITTERRAND aussi d'ailleurs – qui était Pierre BÉRÉGOVOY. Il fallait donc vider le président de l'UAP de l'époque : Jean DROMER. Grand Banquier. Très conservateur. Lié d'amitié avec tout l'état-major de l'UMP et de la droite française. Il y a eu des gens pour dire qu'il était membre du RPR (ils changent de nom tout le temps !) ; je ne crois pas que ce soit vrai. En tout cas, c'est un de mes copains. J'avais plusieurs fois fait des brigades de vérification quand on était à l'inspection des finances. On se connaissait très bien. Mais le rapport de force, c'est que je reçois mes ordres : « Il faut virer DROMER ! » Alors, ma première réponse à BÉRÉGOVOY c'est : « Écoute, il n'y a ni malversation, ni faute ; au contraire, tout le monde lui reconnaît tous les talents. On le vire pour des raisons de politique, très bien. Tu ne peux pas te mettre sur le dos un mauvais traitement général de la fonction publique avec tout le monde qui renâcle en disant "arbitraire, tout ça"... Ce n'est pas possible. Moi, je veux bien qu'on le vire, mais il faut le recaser. » À cette taille-là... il n'y a pas beaucoup de possibilités : cinq, six postes équivalents. Et je dis à BÉRÉGOVOY : « C'est ton affaire, tu te démerdes. Naturellement, le président de la République te donnera raison : quand ce sera prêt, il signera. Mais c'est toi qui le recase puisqu'on est dans la finance et que c'est toi le patron de la finance. » Moi, j'exige simplement et fermement que ce soit fait très proprement. Le temps se passe. BÉRÉGOVOY finit par me dire : « Écoute Michel, je ne trouve rien pour DROMER, il faut quand même le virer. » Je lui réponds en rigolant : « Je t'ai déjà dit d'accord pour le virer... Démerde-toi, ça se passe chez toi ! » Rien ne se fait. Troisième épisode. Tout ça s'étend sur sept ou huit mois. MITTERRAND ne m'en parle

l'affaire voir R. CHINAUD, *Société générale - L'action des organismes publics ayant trait à des opérations financières portant sur le capital des sociétés privatisées*, Rapport n°265 (1988-1989), fait au nom de la commission de contrôle de l'action des organismes publics ayant trait à des opérations financières portant sur le capital des sociétés privatisées, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 20 décembre 1988, 372 p. Disponible en ligne <http://www.senat.fr/rap/r88-265/r88-2651.pdf>. Pour une étude plus générale de ce phénomène on se reportera avec intérêt à F. MORIN, « Le nouveau pouvoir financier en France ou "l'autogestion" du capital », *Revue d'économie industrielle*, vol. 47/1, 1989, p. 44-52.

jamais. Je le vois deux fois par semaine en tête à tête, mais il ne m'en parle jamais. Puis BÉRÉGOVOY revient un jour et me dit :

– « Michel ça ne va plus du tout, on ne peut plus attendre, il faut virer DROMER. »

– « Mais fous-moi la paix avec DROMER ! C'est toi que ça regarde ! Si tu n'y arrives pas tu ne peux t'en prendre qu'à toi. »

– « Non non. Tu vas recevoir des ordres ».

– « Ha ! C'est moi qui vais virer DROMER ? Sans raison, sans faute professionnelle et sans savoir où le mettre ? Ça va pas la tête ? »

J'ai, dans un de mes tête-à-tête avec MITTERRAND, une remarque non nominative – pas de nom, pas de vilain mot comme « licenciement » – mais le rappel d'une urgence. C'est quand même l'exécutif : « Si vous n'êtes pas capable d'obtenir de BÉRÉGOVOY qu'il fasse le boulot, c'est votre affaire. » Je comprends que les ordres vont tomber. Alors dans ma rage – DROMER est toujours président ; toujours soupçonné d'alimenter financièrement la droite d'ailleurs, à partir d'une compagnie d'assurance publique ! (La plus grosse de France à l'époque.) Cette histoire est peu connue, je vous la raconte – j'appelle Roland DUMAS – proche copain du président, sa confiance, son amitié, etc. –, mon ministre des affaires étrangères – méfiance, ni amitié, ni confiance, mais coopération ; même aux affaires étrangères, on a besoin du Premier ministre ! Et on en dépend un peu, ne serait-ce que par le budget. Je lui raconte tout ça, puis je lui dis : « Écoute, moi, je ne sais plus quoi faire. BÉRÉGOVOY est incapable, ça ne marche pas ! Je t'appelle parce que, il n'y a, à l'évidence, pas de poste financier d'une importance équivalente. En revanche, l'ambassade à Londres... » Les ambassadeurs ne servent plus à rien ! Dès qu'il y a des choses à faire les ministres se déplacent. Ils le savent tous et ils en sont tristes à l'intérieur de l'Union Européenne. Avoir un très grand banquier, à Londres, comme observateur de la City, au moment où le capitalisme français rêve d'une grande place financière de Paris... Et puis ambassadeur à Londres, si c'est mal payé, c'est prestigieux. « Tu peux me dégager ça ? » Roland DUMAS : « C'est pas bête. C'est une bonne idée et puis il faut donner ce coup de main au président. » Ça, c'est DUMAS ! Moi je sais que c'est pour pouvoir faire l'opération Société générale de Belgique à laquelle je ne crois pas un instant et dont je me méfie. Et DUMAS ajoute : « Mais c'est dommage, il y a un ambassadeur en place et il n'a pas démerité. Il est de droite, il n'est pas

des nôtres, mais il est là. » J'ai oublié le nom de ce type mais vous le retrouverez²⁶⁰⁹ ! Un nom à particule en plus : l'aristocratie française ! Et c'est moi qui me permets d'appeler l'ambassadeur. Et je lui dis :

– « Monsieur l'ambassadeur, je ne vous connais pas. Vos mérites ont été communiqués à mon information. Tout le monde admire vos talents, mais voilà, vous occupez un poste très politique. L'État en a besoin pour de toutes autres raisons qui ne vous concernent pas. Ni votre honneur, ni vos compétences ne sont en cause, mais on voudrait bien que vous quittiez. » Et, d'accord avec Roland DUMAS, j'ajoute : « Il n'y a comme poste diplomatique important actuellement, au niveau qui est le vôtre, [il ne peut pas y avoir rétrogradation, puisqu'il n'y a pas punition] qu'un poste. Monsieur Jean RIPERT s'en va, on a besoin du même talent, de la même influence, du même respect unanime entourant la personne. Pouvez-vous prendre ça ? »

– « Ha, Monsieur le Premier ministre, ça ne m'arrange pas : ma famille... Mais tout de même, la chose est grande. Je vous remercie de ce niveau d'appréciation de mes mérites. Je ne me sens pas le droit de vous dire non, et puis tout de même... Est-ce que c'est urgent ? »

– « Oui ! C'est une affaire de semaine(s). »

– « Bien, Monsieur le Premier ministre, je servirai l'État. »

Il me rappelle, moi, Premier ministre en exercice – pas une secrétaire, pas un autre ministre, moi ! :

– « Monsieur le Premier ministre, je vous ai donné mon accord, mais je viens d'apprendre une catastrophe : il n'y a pas de logement de fonction ! »

On découvre que Jean RIPERT payait la moitié de son salaire dans un loyer invraisemblable pour avoir une résidence à la hauteur de ses fonctions, sans en avoir les moyens, et n'avait jamais rien dit à personne et l'avait accepté ! C'est un prolo et un homme de gauche quoi ! Alors là, il y a un épisode drolatique. J'ai appelé BÉRÉGOVOY. Je lui ai raconté tout ça. Et je lui ai dit : « Le seul endroit en France où on peut décider rapidement une dépense, c'est la direction du budget : sous tes ordres. Je te donne 48h – pas une semaine, c'est toi qui m'a dit que c'était pressé, c'est toi qui fout une urgence là où il n'y en a pas – je te donne 48h pour acheter à New York un logement de fonction décent pour le chef de la diplomatie française à l'intérieur de l'ONU. » Ce fut fait. Le pauvre DROMER ne sachant rien, sinon qu'on voulait

²⁶⁰⁹ À cette époque, l'ambassadeur de France à Londres est Luc DE LA BARRE DE NANTEUIL. Il restera en poste jusqu'en 1990.

sa peau, se doutant que ça devait être compliqué puisque DROMER n'a pas pu penser un instant que j'allais laisser tomber l'honneur ou l'amitié pour lui. Et ce bougre... Alors je l'appelle pour lui offrir. Vous voyez dans quel état je pouvais être et quelle insistance je mets dans la conversation. Réponse de DROMER :

– « Écoute, c'est formidable. Ambassadeur à Londres c'est vrai que... Mais tu comprends, Michel, moi, j'ai d'autres engagements, d'autres amitiés. J'avais d'autres projets, je suis proche de la retraite... Je te demande quand même deux jours pour réfléchir. »

– « Jean, fais pas le con ! Tu ne peux pas arracher mieux. Tu as très bien servi l'État, mais tu es assez près de l'État pour savoir que la droite ferait pareil ! Enfin, il y a des nécessités politiques ! Fous-moi la paix ! »

– « Non, vraiment. J'avais d'autres projets, d'autres engagements. Laisse-moi un peu de temps. »

Moi, dans ma colère, je lui réponds : « Fous-moi la paix et donne moi le téléphone d'Éliane (sa femme, une vieille copine de toujours, qui était fille d'un syndicaliste enseignant donc plutôt fille des milieux de gauche.) »

Il me le donne. Enfin, j'appelle Éliane partout, impossible de la trouver. Elle est en vacances je ne sais où. Pas de coup de téléphone. Et finalement, DROMER décline, avec une de ces lettres de remerciement que je garde et qui fera joli dans la publication de mes correspondances. Donc, il est parti sans qu'on puisse assurer un traitement suffisamment digne. Et au téléphone, BÉRÉGOVOY m'a dit :

– « Bon, pour remplacer DROMER qui s'en va, ce sera Bernard ATTALI. »

Ma réponse :

– « Dis donc Pierre, tu es complètement cinglé ? Le frère jumeau du conseiller spécial du président ? La signature présidentielle si proche ? Pour monter l'opération dangereuse, contestable, conflictuelle que tu veux lancer ? Pas possible ! Tu es totalement fou. Non, dis-je, ce sera Jean PEYRELEVADE. » Silence de BÉRÉGOVOY. Il a du raconter tout ça, à sa manière, au président de la République, qui lors de la cérémonie de signature du document qui le nommait n'a même pas osé me proposer un autre candidat que Jean PEYRELEVADE. Donc, dès son arrivée, sa première tâche a été de démanteler l'opération folle sur la société générale de Belgique. Petite histoire de nomination. Ça vous amuse ? [*Sourires*]

LS : Oui beaucoup ! J'aime bien ! [*Sourires*]

MR : Alors, bref, ça va m'occuper tout le temps. Je n'aurai pas de drame militaire.

J'ai tout avalé dans les médias, sauf une ! Parce que, dans les médias, enfant chéri du président, entre son principal copain et complice André ROUSSELET, fondateur de Canal+, et sous la surveillance absolument permanente et policière de Jack LANG, je n'avais aucun espace. Mais un jour, le problème de RFI se pose. Ce n'est que de la radio, c'est un micro truc, c'est petit. Ce n'est pas très important. Mais là, j'ai un copain candidat. Curieux copain : ancien élève de l'ENA, administrateur au ministère de la culture, très belle carrière dans la culture... Sa candidature est crédible et il en a très envie. Et puis surtout, vous vous souvenez peut-être d'un mot de Georges POMPIDOU s'adressant aux journalistes de radios publiques : « Vous êtes la voix de la France ! » Ça voulait dire que la liberté des commentaires serait étroitement surveillée. Et RFI était en fait contrôlée par le Quai d'Orsay. Jamais RFI ne se permettait un commentaire qui puisse être dissonant pour un quelconque chef d'État africain. Le cœur parlé de la France-Afrique ! Abominable ! Il faut changer ça. Cela veut dire, changer le rapport au Quai d'Orsay en même temps que changer le patron. Heureusement, il n'y avait pas de candidat qui s'imposait immédiatement et qui ait la faveur du président. Ça va, chère Madame, durer huit ou neuf mois. La plus difficile de mes nominations. J'ai gagné. Il s'appelle André LARQUIÉ. Je vais budgétairement, pendant mon temps de Premier ministre, dépenser beaucoup puisqu'on va créer cinq émetteurs nouveaux. Avec lui qui en a le talent, avec moi qui en ai le pognon et la volonté, on double – on double [*Il insiste*] – l'audience mondiale de RFI en cinq ou six ans. C'est encore un des fleurons de la carrière d'André LARQUIÉ. Dans la politique politicienne, je crois que c'est la droite qui ensuite s'est débarrassé de lui assez vite²⁶¹⁰.

Bon, vous en avez assez pour aujourd'hui ? Est-ce que vous avez d'autres questions ?

LS : Oui. Sur les différents domaines dont vous m'avez parlé, est-ce que vous pourriez me dire un mot plus précis sur les influences à la fois de l'entourage du président de la République et de votre cabinet pour filtrer les nominations et vous aider à choisir ?

MR : Tout est un hasard de personnes, de relations interpersonnelles momentanées, de coïncidence entre des situations personnelles, système d'influence officielle : il y a des gens qui sont directement opérationnels, d'autres qui ne le sont pas. Il y a des amis dont on a confiance, il y a des soi-disant amis qui sont là et dans lesquels on a moins confiance... Rien n'est « théorisable » et tout est une suite de hasards successifs.

LS : D'accord. Et, est-ce que, pour finir là-dessus, le droit – le droit constitutionnel de la

²⁶¹⁰ André LARQUIÉ a été remplacé par Jean-Paul CLUZEL en 1995.

Cinquième – a, selon vous, une prise ? Quel est le rapport qui se crée notamment s’agissant de ces nominations qui doivent à la fois passer en Conseil des ministres et être contresignées par le Premier ministre ? Est-ce que, par le biais de votre contreseing, vous pouviez…,

MR : Foutez la paix à la contresignature ! À partir du moment où le président de la République nomme, le reste est de la figuration sauf que cette figuration est exercée, pratiquée, par des gens qui ont des mandats, des postes, des influences. Le président avait aussi un autre problème, c’est que ça lui était quand même compliqué de me déclarer ouvertement la guerre ou de me vider à propos d’une nomination. Et puis il y a eu quelques cas, notamment au sujet des patrons originaires du privé mais qui se retrouvaient patrons d’entreprise publique… C’est pour cela que c’est vexant pour moi de ne pas retrouver le nom du dernier. Je ne sais pas si ce n’est pas Jean-Louis BEFFA²⁶¹¹. À vous de retrouver. Regardez qui était chef d’une entreprise publique nationalisée, reconduit à un moment où je suis Premier ministre.

Tout de même, j’ai dit à MITTERRAND : « Ce serait quand même sage de les mettre à égalité avec le privé pour les nommer *ad nutum*, c’est-à-dire sans limitation de durée. Et mutables en cas de faute professionnelle ou d’insuffisance, mais… » Réponse de MITTERRAND : « Mais enfin, Monsieur le Premier ministre, il y a souvent des élections en France. Vous ne trouvez pas nécessaire de les tenir un peu ? » Je vous autorise à publier le mot. Donc là, j’ai échoué. Sauvez-vous.

LS : OK. Je vais chercher le nom.

MR : Oui écoutez c’est simple : il y avait sept grandes entreprises publiques nationalisées en 1982, c’est dans cette liste. Ça ne doit pas être Bull²⁶¹².

LS : Très bien. Je vous remercie du temps que vous m’avez consacré.

Fin de l’enregistrement. Nous prenons congé.

NB : Dans la liste des nationalisations du secteur de l’industrie concernée par la loi de 1982 figurent cinq entreprises : Thomson, Saint-Gobain, Rhône-Poulenc, Péchiney et la Compagnie Générale d’Électricité (CGE). Parmi elles, Saint-Gobain et la CGE seront privatisées avant

²⁶¹¹ Jean-Louis BEFFA, ancien élève de l’École polytechnique et membre du corps des Mines fut directeur général de Saint-Gobain entre 1982 et 1986. En juillet 1986, il est nommé PDG de cette entreprise tandis que l’offre publique de vente, en vue de la privatisation, sera annoncée en novembre de la même année.

²⁶¹² Le groupe Bull est nationalisé en 1982.

l'arrivée de Michel ROCARD à Matignon. Lors de notre entretien, l'ancien Premier ministre a mentionné son rôle dans le maintien de J. GANDOIS à la tête de Péchiney. Le nom du troisième patron est donc sûrement à rechercher parmi Thomson – Alain GOMEZ – et Rhône-Poulenc – Jean René FOURTOU. (Cependant, d'autres nationalisations eurent lieu dans le secteur industriel indépendamment de la loi de 1982. C'est le cas des nationalisations d'Usinor-Sacilor, du groupe Bull, Matra, Dassault-Bréguet, ITT et Roussel-Uclaf²⁶¹³.)

Après relecture du compte rendu, M. ROCARD m'a confirmé qu'il s'agissait de Jean René FOURTOU.

²⁶¹³ J. BARREAU (dir.), *L'État entrepreneur: nationalisations, gestions du secteur public concurrentiel, construction européenne, 1982-1993*, L'Harmattan, coll. « Logiques économiques », 1990, 175 p.

Entretien avec M. Michel CHARASSE, le 24 septembre 2013

M. BIANCO et les écrits de Jacques FOURNIER ont révélé l'importance du rôle joué par Michel CHARASSE, conseiller du président François MITTERRAND, qui était spécialisé dans le processus de nomination et assistait, à ce sujet, le président de la République. C'est la raison pour laquelle j'ai souhaité le rencontrer. Le rendez-vous était fixé le 24 septembre 2013 à 18h au Conseil constitutionnel. Après avoir expliqué à M. CHARASSE ce qui m'avait conduit à le solliciter, et après qu'il m'a indiqué que je disposais d'environ trente minutes, voici la teneur de l'entretien que nous avons eu.

Durée de l'enregistrement : 57 min.

MC : Les nominations qui relèvent du président de la République appartiennent à deux catégories. Celles qui concernent des directions de ministères et d'administration centrale, de façon large, et les autres, qui sont celles qui concernent les nominations aux plus hauts emplois publics dans les grands corps de l'État ou dans certaines institutions très particulières comme le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil constitutionnel, le Médiateur, le grand chancelier de la Légion d'honneur, etc., etc., et tous les responsables des services extérieurs de l'État qui sont nommés en Conseil des ministres : les directeurs d'administration centrale – je vous l'ai dit – mais aussi toutes les représentations de l'État en province : les préfets et sous-préfets, et à l'étranger : les ambassadeurs, les consuls généraux, etc. Je ne sais pas du tout comment les choses se passent ou se sont passées avant François MITTERRAND ou depuis lui. En ce qui concerne en tout cas les quatorze ans... [*Il s'interrompt car le téléphone sonne.*]

Alors, d'une façon générale, le président de la République considérait toujours que, lorsqu'il nommait, il choisissait. C'est clair, net et précis. Mais il acceptait quelques fois, dans certains cas, de recevoir des propositions du Premier ministre ou des ministres, notamment pour les directions d'administration centrale, les préfets, sous-préfets et ambassadeurs. Étant entendu que pour les magistrats, il y avait une procédure un peu particulière parce qu'elle intégrait, au moins pour les magistrats du siège, le Conseil supérieur de la magistrature.

J'étais donc chargé de toutes les nominations passant en Conseil des ministres ou relevant d'une signature du président de la République, – d'une décision du président de la République, pardon – même si ça ne passait pas en Conseil des ministres.

Donc, en ce qui me concerne plus exactement, je ne suivais, pour ce qui intéresse la magistrature, que les nominations à la Cour de cassation et à la Cour d'appel de Paris. Et les

premières présidences et procureurs généraux des cours d'appel – mais pas de toutes, les plus importantes.

Pour les procureurs, le conseiller du président à la justice faisait part des candidatures sélectionnées par la Chancellerie, mais non encore dans le circuit. Après son conseiller justice, je les soumettais à François MITTERRAND, accompagnées d'un certain nombre d'observations : « Il est bien, pas bien ». Non pas par rapport à ses orientations politiques – qui pesaient assez peu dans les choix de MITTERRAND –, mais par rapport à ses compétences et aux conceptions qui étaient les siennes du métier. Sur les procureurs, à l'époque, on avait une latitude assez large. Je mettais les noms sous le nez du président avec quelques commentaires pour chaque nom – il en connaissait certains, mais pas tous – à partir des travaux du secrétaire du Conseil supérieur de la magistrature et il disait : « Oui, non, m'en reparler », etc.

Pour les magistrats du siège, il fallait que la Chancellerie les présente au Conseil Supérieur. Le CSM n'allait pas les chercher tout seul, sauf pour la Cour de cassation ; là, c'était autre chose. Pour ce qui concerne les personnes présentées devant le CSM, il y avait des listes de sélection qui étaient préparées par le secrétariat du Conseil Supérieur et nous les présentions à François MITTERRAND ; pareil : « On le met dedans ou non. »

Pour ce qui concerne la Cour de cassation, là, les nominations étaient faites, en fait, par le Conseil supérieur de la magistrature. Mais la règle était très simple. On avait des candidatures possibles et le secrétariat du Conseil supérieur de la magistrature – qui était un collaborateur nommé par François MITTERRAND et qui avait toute sa confiance²⁶¹⁴ – adressait une note à François MITTERRAND. Lui disait : « Ce n'est pas parce qu'on me propose que je suis obligé de signer. Même s'il y a une délibération du Conseil supérieur de la magistrature qui dit qu'il nomme, si je ne veux pas signer, je ne signe pas ! » En matière de justice, le président MITTERRAND était très attaché à la séparation des pouvoirs, et il estimait que les magistrats devaient s'en tenir à leur rôle, que l'autorité judiciaire n'était pas un pouvoir, qu'elle ne devait pas faire de politique à la place des autorités élues au suffrage universel pour ça ; et il était très attentif aux « débordements » du corps. Il avait une certaine aversion pour les juges turbulents, les juges qui s'exprimaient dans la presse, qui appartenaient à des syndicats un peu ou beaucoup engagés...

²⁶¹⁴ D'après nos recherches, il doit s'agir de Mme Danièle BURGUBURU nommée Secrétaire Générale du Conseil supérieur de la magistrature par « décision » présidentielle le 7 août 1981, publiée au *JORF* du 13 août 1981, numéro complémentaire, p. 7255.

Pour ce qui concerne les militaires, je ne m'occupais que des plus hauts postes. C'est-à-dire essentiellement les chefs d'État-major et les directeurs des administrations centrales du ministère de la Défense : directeur général de l'armement, de la gendarmerie, etc. Alors là, pareil, je collationnais les candidatures possibles, qui remontaient plus ou moins du ministère, ou celles dont j'avais entendu parler, ou les gens qui avaient saisi directement le président. Je lui faisais une sélection et des suggestions, étant entendu qu'il choisissait lui-même. Quand on n'était pas en cohabitation, il choisissait. Quand on était en cohabitation, il considérait que les postes de la Défense étaient des postes qui devaient avoir son accord et sa confiance, qu'il était responsable au premier chef de la sécurité nationale et de l'engagement des troupes. Mais il acceptait que le Gouvernement, le Premier ministre, le ministre de la Défense lui fassent des propositions. Simplement, il disait « j'accepte » ou « je n'accepte pas ». Et je me souviens en particulier, d'une nomination qui a été très laborieuse sous Édouard BALLADUR : le directeur de la gendarmerie. M. BALLADUR a du présenter six ou sept candidats avant que François MITTERRAND n'en retienne un, après que je l'ai conseillé sur cette candidature²⁶¹⁵. J'ajouterai, pour être complet, qu'en période de cohabitation, il exigeait aussi son agrément absolu pour les postes touchant au Ministère de l'intérieur : directeur général de la Police nationale, DST, renseignements généraux, les services de renseignement en général, la Défense aussi. Il fallait son accord. Si on était hors cohabitation, il choisissait quelqu'un parmi les noms que je lui proposais ; je lui faisais un classement. Si on était en cohabitation, il attendait qu'on lui propose des noms, mais il choisissait.

Pour ce qui concerne les postes dans les ministères, il avait été entendu que les ministres faisaient des propositions pour les directions ou pour certains organes internes aux ministères – une commission, etc., etc. – mais le président ne retenait pas toujours, et quelquefois substituait un nom à celui qu'on lui proposait.

Enfin, pour les postes qui ne dépendaient pas des ministères : le Conseil d'État, la Cour des comptes, l'inspection des finances, les inspections générales en général, le Conseil supérieur de la magistrature – où la Cour de cassation faisait des propositions, mais où François MITTERRAND retoquait parfois en disant : « Faites m'en d'autres ! » – le Conseil constitutionnel... tout cela, c'était lui tout seul. Enfin, tout seul, avec moi et les collaborateurs qui suivaient le secteur. En période de cohabitation, pour les nominations au tour extérieur dans les grands corps de l'État, il était convenu que c'était : « Un coup c'est toi, un coup c'est

²⁶¹⁵ Il doit s'agir de Patrice MAYNIAL, directeur général de la Gendarmerie nationale entre 1993 et 1995.

moi. » Donc quand il prenait une proposition du Premier ministre, pour la nomination suivante c'est lui qui choisissait.

Pour les préfets et ambassadeurs, il y avait les grands postes d'ambassadeurs et les autres. Ce qu'on appelle les grands postes, c'est Washington, la Communauté européenne, la Grande-Bretagne, Rome, Moscou, Pékin, l'ONU. C'est lui qui choisissait à partir des listes de sélection qui nous étaient envoyées. Mais quelquefois, il nommait des personnalités extérieures à la carrière, donc pas forcément proposées par le Quai d'Orsay. Pour les autres ambassadeurs, il prenait généralement les propositions du Quai, on les regardait ensemble et avec la cellule diplomatique ou africaine, et s'il n'y avait pas de difficulté particulière, il signait.

Pour les préfets, nous faisons des mouvements préfectoraux quand nous étions majoritaires, et pas en période de cohabitation. Comme ça faisait beaucoup de travail, j'ai partagé le travail avec le directeur de cabinet – M. ROUSSELET²⁶¹⁶ puis M. MÉNAGE²⁶¹⁷ – sauf pour les grands postes de préfets – le préfet de Paris et le préfet de Police – où là, François MITTERRAND choisissait tout seul. En cohabitation, il avait exigé qu'il d'être d'accord avec ces grands postes. Les choix se faisaient en fonction de la compétence, de la loyauté, de la neutralité qu'avaient pu manifester les gens dans le passé – pour ou contre la gauche – bref, ça dépendait.

François MITTERRAND disait toujours : « Je préfère nommer quelqu'un de droite qui est loyal et intelligent, plutôt que quelqu'un de gauche qui est idiot et déloyal. » Donc le critère, ce n'était pas la soumission politique. Ça a existé, parfois. Il disait : « Untel est un ami, je le connais bien... » Ce n'était pas un critère exclusif et ce n'était pas un critère général. Voilà tout ce que je peux vous dire. Si vous avez des questions... ?

LS : Alors oui. D'abord, pourriez-vous me dire quelques mots encore sur les entreprises publiques et les banques dont vous n'avez pas parlé ?

MC : C'était le même système que les ministères. Je mettais « dans le coup » tous les collaborateurs de MITTERRAND qui connaissaient les secteurs en question. Comprenez bien que quand il fallait nommer dans les banques ou les entreprises publiques – je connaissais du monde, mais je ne connaissais pas tout le monde ! – je demandais au collaborateur

²⁶¹⁶ André ROUSSELET a été directeur de cabinet entre 1981 et 1983 avant de prendre la direction de Havas, alors société nationale.

²⁶¹⁷ Gilles MÉNAGE a été directeur de cabinet entre 1988 et 1992 avant de devenir directeur d'EDF entre 1992 et 1995.

compétent : « Voilà les candidatures que nous avons reçues, qu'en penses-tu ? » Moi, je faisais mon classement après, ou avec le président. Mais cela se passait de la même façon.

LS : D'accord. Sur la cohabitation, vous parliez du fait que, pour le tour extérieur, c'était un coup sur deux. Vous évoquiez certains domaines dans lesquels le président de la République souhaitait avoir la main en dernier ressort – sécurité intérieure, défense, les affaires étrangères. Est-ce que, en période de cohabitation, il y a néanmoins des secteurs dans lesquels le président laissait la main au Premier ministre ?

MC : Il y a surtout des postes sur lesquels il n'a jamais laissé la main à personne : Conseil supérieur de la magistrature, jamais ; Conseil constitutionnel, jamais ; le Vice-président du Conseil d'État, jamais ; le Premier président de la Cour des comptes, jamais ; etc. Vous voyez.

LS : D'accord. Peut-être pourriez-vous aussi me dire un mot sur le choix des ministres en cohabitation ?

MC : C'était très simple : il laissait le Premier ministre lui proposer des noms pour tous les postes sauf les ministres qui touchent au domaine présidentiel : affaires étrangères, défense, finances, Europe. « Il faut mon accord. » Il ne choisissait pas les ministres à la place du Premier ministre, mais il y a eu des discussions et il veillait, comme pour toutes les nominations, que les personnes nommées, comme il disait, « ne soient pas incapables ou indignes ».

LS : D'accord. Là, on parlait de la cohabitation dans le vrai sens juridique du terme. Mais on sait qu'avec certains Premiers ministres socialistes, la situation a pu être tendue quand même : je pense à Michel ROCARD.

MC : Oh ! Il s'en moquait de ses états d'âme [*ceux du Premier ministre*] ! Mais c'est vrai, j'étais parfois obligé de me battre pour faire passer certains candidats du Premier ministre parce que François MITTERRAND ne voulait pas en entendre parler. Mais il y en avait peu.

LS : Sur lesquels ROCARD insistait-il ?

MC : De temps en temps, Rocard demandait... Par exemple, pour une candidate²⁶¹⁸ de Michel ROCARD nommée au tour extérieur au Conseil d'État – enfin, je crois que c'est pour elle –, François MITTERRAND a beaucoup résisté au départ. Au bout d'un moment, je lui ai dit : « Enfin, votre Premier ministre a quand même bien le droit de vous proposer une fois de temps en temps un candidat ! Surtout pour le Conseil d'État dont il est président ! »

²⁶¹⁸ Il me demande de ne pas la citer.

LS : D'accord. Justement, on s'aperçoit, quand on regarde les nominations des PDG d'entreprise publique après les nationalisations, lorsque que Michel ROCARD est devenu Premier ministre, que certains PDG nommés par la droite sont demeurés en place. Est-ce que cela était un accord des deux ou M. ROCARD a pu influencer le président de la République sur ces choix ?

MC : Non. C'est simplement parce qu'on a considéré qu'ils avaient bien fait leur travail. Je vous dis, on se moquait de l'étiquette politique, mais il ne fallait pas que le candidat ait manifesté des positions politiques désagréables... Et puis, il fallait qu'il soit compétent. Voilà. Qu'il n'ait pas de « casseroles ». Qu'il n'ait pas eu d' « histoires tordues ». Mais certains ont été maintenus simplement parce qu'ils étaient bons.

LS : D'accord. Donc si vous me permettez, j'ai peut-être encore deux questions. Alors la première m'échappe pour le moment ; mais elle reviendra. La seconde concerne votre propre nomination au Conseil constitutionnel. J'ai étudié dans mon mémoire de M2, avant d'entreprendre cette thèse, les nominations relevant de la procédure d'avis parlementaire, de l'article 13 alinéa 5. Vous avez dû à ce titre vous présenter devant les parlementaires, avant l'entrée en vigueur de la loi d'application de 2010.

MC : Oui mais sans vote !

LS : Voilà. Et je me demandais comment vous – qui avez eu l'expérience des nominations à l'époque de François MITTERRAND et qui avez pu être ensuite de l'autre côté, disons, du processus de nomination au Conseil constitutionnel – je me demandais comment vous l'avez vécu et si, pour vous, une telle procédure pouvait changer la donne s'agissant de cette compétence présidentielle.

MC : Cette procédure c'est la révision de Nicolas SARKOZY, en 2008. Jamais François MITTERRAND n'aurait accepté l'avis du Parlement pour ça ; jamais. Nicolas SARKOZY a fait modifier la Constitution pour que désormais les nominations au Conseil constitutionnel, entre autres, soient soumises à l'avis des commissions parlementaires ; jamais François MITTERRAND n'aurait accepté une telle procédure. Que ce soit clair : la question avait été posée après 1981. Mais François MITTERRAND disait : « en pleine guerre, en urgence, il faudrait aller consulter un comité Théodule pour savoir si le général Machin peut être nommé ! »... Enfin, c'était contraire à sa conception de l'État et de l'autorité du président de la République. En ce qui me concerne, je suis le premier à avoir été soumis à cette procédure. Nous étions trois nommés, il y avait...

LS : MM. HAENEL et BARROT.

MC : Oui. M. HAENEL par le président du Sénat et M. BARROT par le président de l'Assemblée. Comme j'étais nommé par le président de la République, on a décidé que je serai le premier à être auditionné. Et nous avons donc été convoqués le lendemain de la publication des projets de nomination ! Nicolas SARKOZY m'avait appelé le mardi et le lendemain, mercredi, j'étais convoqué à 9h à l'Assemblée nationale devant la commission des lois. J'arrive ; le président de la commission, c'était M. WARSMANN. Tout le monde était là. Je m'assois. La veille quand j'avais reçu la convocation, j'avais appelé le secrétariat de la commission des lois en disant : « Comment ça se passe demain ? » On m'avait répondu : « On ne sait pas ! »

Alors, j'arrive à 8h45. M. WARSMANN n'était pas encore là ; il est arrivé à 9h. Je le salue – « Bonjour ! » – et je lui dit : « Alors, on va procéder comment ? » Il me dit : « Je n'en sais rien. » Apparemment de très mauvaise humeur, soit parce que je ne lui plaisais pas, soit parce que ça l'avait obligé à se lever de bonne heure... Enfin, je n'en sais rien, mais il n'avait pas l'air de bonne humeur. Je lui ai dit : « Étant donné qu'il n'y a pas de vote... On n'est pas obligé de passer devant les commissions, car la procédure n'est pas organisée, mais il y a un accord entre les autorités... Voilà ce que je propose. Je fais un petit exposé introductif de dix minutes (je n'avais rien préparé) puis ensuite on passe aux questions-réponses. » Et ça s'est passé comme ça. L'après-midi, je suis allé au Sénat. C'était plus facile pour moi parce que j'étais sénateur et mes collègues me connaissaient. Quand je suis arrivé à la commission du Sénat, Hubert HAENEL attendait derrière moi pour passer. M. HYEST, qui présidait la commission au Sénat, me dit : « Comment vous avez fait ce matin ? »

– « J'ai fait un exposé de 10 minutes puis les députés ont posé des questions. »

– « Bon, d'accord. »

Et ça s'est passé aussi comme ça.

LS : OK. Et ressentiez-vous l'enjeu d'une telle audition ?

MC : Les deux séances étaient retransmises intégralement par la télé. Vous pouvez la regarder si ça vous amuse.

LS : Je l'ai déjà vue !

MC : Je dois dire que j'étais un peu perdu dans cette affaire, je ne savais pas du tout comment faire. Comme on dit chez moi en Auvergne : « J'ai fait pour le mieux ! »

Et l'enjeu, c'est que, si jamais, après mon audition à l'Assemblée, les parlementaires s'étaient répandus dans les couloirs en disant : « Qu'est-ce que c'est que cet imbécile? C'est quoi ce

type ? Ce n'est pas possible. » Cela aurait été gênant pour l'autorité de nomination.

LS : Certes, même en l'absence de vote !

MC : Bien sûr ! Mais d'après ce qu'on a dit à la sortie de la commission à l'Assemblée nationale, s'il y avait eu un vote je n'aurais sans doute pas eu de problème.

LS : Et comment avez-vous vécu le caractère public de l'audition, le fait que ce soit retransmis ? Est-ce que cela a pu influencer vos propos ou... ?

MC : Non, j'ai dit ce que je pensais avec la prudence nécessaire. Mais dans ce cas-là, il vaut mieux être tel qu'on est. On va occuper un poste dans une institution importante pendant neuf ans, autant que les gens sachent à qui ils ont à faire. J'avais une certaine expérience politique, administrative, constitutionnelle... j'ai fait ça toute ma vie ! J'attendais les questions. Et j'attendais celui qui me dirait : « Mais ça ne se passe pas comme ça ! » J'aurais dit : « Ça ne se passe peut-être pas comme ça, mais on a fait comme ça ! »

LS : D'accord. Et combien de temps avant d'être officiellement convoqué avez-vous su que le Président SARKOZY entendait vous nommer ?

MC : Pendant le mois qui a précédé la date limite de nomination, j'ai reçu des messages contradictoires : « Il va te nommer, il ne te nommera pas... » Au bout d'un moment, j'ai dit : « J'en ai assez. » Je ne lui avais rien demandé, c'est lui tout seul qui a décidé. Un jour, après son élection, il m'avait dit : « Je te promets de te nommer. » Je lui ai dit : « Ne promets pas trop ! Tu ne sais pas comment ça peut tourner. J'ai "fait" des nominations sous François MITTERRAND, je sais très bien que le lundi, on promet à Dupond et que le mercredi, c'est Durand qui est désigné. Il y a des contingences politiques. »

– « Si, si ! Je te promets. »

N'ayant aucune nouvelle un mois avant les nominations à peu près, j'essaie de me renseigner et j'apprends que la décision n'est pas tranchée. J'attends sans impatience ni inquiétude. Et puis je vois paraître des articles de journaux : favorable, défavorable, des femmes, un tel, etc. Quinze jours avant la date limite, j'ai appelé Claude GUÉANT qui était encore secrétaire général de l'Élysée.

– « Monsieur le secrétaire général, je vous charge d'un message pour le président. Il m'a promis mais il risque d'avoir les plus grandes difficultés. Je sais que du côté de l'Assemblée et du Sénat, les présidents vont nommer des hommes. On va lui faire un drame s'il n'y a pas une femme sur les trois nominations. Donc dites-lui que je le libère de son serment à mon égard. Qu'il fasse ce qu'il veut et comme il pourra, mais qu'il nomme une femme. Et s'il veut

quelqu'un de plutôt proche de l'opposition, je peux lui donner des noms. »

– « Je vous remercie beaucoup, je transmettrai ».

Et je n'ai plus entendu parler de rien. Arrive le mardi matin. Tous les mardis matins, il y avait dans le bureau de Nicolas SARKOZY un petit-déjeuner avec beaucoup de responsables politiques que je connaissais : Jean-Pierre RAFFARIN, Brice HORTEFEUX... À 9h, Brice HORTEFEUX m'appelle pour me dire : « Il va nous dire ce qu'il fait en fin de matinée. Vous êtes bien placé. »

– « Très bien mais redites-lui qu'il vaudrait mieux qu'il nomme une femme. »

– « Ouais, ouais.... »

Tous les mardis, à 11h, il y avait réunion de mon groupe politique au Sénat. Donc, j'étais en réunion de groupe, et à 11h30 mon téléphone portable sonne. Je sors de la salle pour répondre. J'ai l'Élysée au bout du fil, on me dit : « On vous passe le président de la République. » Nicolas SARKOZY me dit : « Voilà, je te nomme. » Je lui dis : « Nicolas, tu fais une erreur majeure. Il faut nommer une femme ! On va te faire un drame! »

– « Je m'en moque ! Et en plus, c'est un poste qui te conviendra parfaitement, et en plus, je suis persuadé que par delà l'au-delà je fais plaisir à François MITTERRAND ! » Très bien. La brève conversation s'est terminée ainsi et on en est resté là. Une demi-heure après j'ai su que Hubert HAENEL était nommé par le président du Sénat et que Jacques BARROT était nommé par le président de l'Assemblée, et voilà.

LS : Je vous remercie. Alors j'ai retrouvé l'autre question que j'avais en tête : pendant les cohabitations – je fais un saut dans le temps –, donc, pendant les cohabitations...

MC : J'ai oublié de citer dans les choix, le Comité économique et social en ce qui concerne les personnalités qualifiées. À l'époque, elles étaient quarante. C'est François MITTERRAND qui choisissait tout seul. Et quand on était en cohabitation, c'était moitié/moitié.

LS : D'accord. C'est noté. Donc, sur la façon de traiter ceux que MITTERRAND avait nommés, au moment où arrive la cohabitation et où s'opère des mouvements de postes, quelle était sa position sur le reclassement de ses anciens...

MC : Il a exigé, une fois, le reclassement convenable de quelqu'un qui avait été évincé pour des raisons bassement politiques, d'une méchanceté achevée : c'était Jean-Paul HUCHON. Il

était président de la caisse nationale du Crédit agricole²⁶¹⁹. François MITTERRAND a refusé de signer tant qu'on ne lui faisait pas une proposition plus intéressante. Pour le reste, il considérait que c'était le choix du Gouvernement. Mais à la suite du précédent HUCHON, les Gouvernements essayaient de... comment dire... Les directeurs de cabinet avaient des rapports constants, on se parlait. Nicolas BAZIRE²⁶²⁰ essayait de savoir si François MITTERRAND exigerait un reclassement, etc. Ça se passait comme ça ! Tout cela n'est pas marqué dans les manuels de droit ! [*Sourires*]

LS : Certes. Alors une dernière question m'est venue en vous écoutant. Vous me dites, si j'abuse trop de votre temps. Vous parliez du fait de nommer une femme au Conseil constitutionnel. Est-ce que François MITTERRAND se préoccupait du nombre de femmes qu'il nommait ?

MC : Je vous dirais qu'il a fini par céder à « la mode ». Lui avait une position très simple : il avait horreur du débat sur les femmes ! Il disait – c'était un vrai républicain et je suivais cela pour mes nominations quand j'étais au ministère²⁶²¹ – qu'on se moquait de cette question. On cherchait seulement quelqu'un de compétent et de loyal. Si c'était une femme, c'était une femme. Si c'était un homme, c'était un homme. Je suis le ministre qui a proposé au président de la République de nommer une femme directeur du Budget ; la première dans l'histoire du ministère. Ça a fait un drame que vous n'imaginez pas à Bercy ! Des amis hauts fonctionnaires au ministère, PS ou proches du PS m'ont quasiment « engueulé ». Je leur ai répondu : « Je n'ai pas choisi Isabelle BOUILLOT²⁶²² parce que c'est une femme. J'ai choisi Isabelle BOUILLOT parce qu'elle était la meilleure. Et si j'avais eu un homme meilleur, je l'aurais choisi parce que meilleur ! » Et à celui qui a contesté mon choix, je lui ai dit : « Je ne pouvais pas te choisir parce que tu n'étais pas le meilleur. » La position de François MITTERRAND c'était celle là. [*Silence*] Mais il a nommé des femmes ou fait nommer des femmes. La première femme qui a été nommée au Conseil constitutionnel a été nommée à sa demande : Mme Noëlle LENOIR²⁶²³. Il avait nommé Michèle COTTA pour présider la haute

²⁶¹⁹ Cette éviction date de 1987.

²⁶²⁰ Nicolas BAZIRE a été directeur de cabinet du Premier ministre E. BALLADUR entre mars 1993 et janvier 1995.

²⁶²¹ M. CHARASSE a été ministre délégué au Budget de 1988 à avril 1992 et ministre du Budget d'avril 1992 à octobre 1992.

²⁶²² Elle a été nommée par décret du 8 février 1991 alors que M. CHARASSE était ministre délégué et que P. BÉRÉGOVOY assumait la fonction de ministre de l'Économie, des Finances et du Budget (*JORF* n°34 du 8 février 1991 p. 2023).

²⁶²³ Noëlle LENOIR a été nommée au Conseil constitutionnel en 1992 par Henri EMMANUELLI, alors président de l'Assemblée nationale.

autorité de l'audiovisuel²⁶²⁴ en 1982. Il avait nommé ensuite Catherine TASCA comme membre de la CNCL²⁶²⁵ : il n'a jamais hésité à nommer des femmes ! Il a nommé des femmes au Gouvernement. Mais le critère, pour moi, ce n'est pas qu'elles étaient des femmes, c'est qu'elles étaient bonnes, compétentes, excellentes !

LS : D'accord. Est-ce qu'il y a d'autres choses que...

MC : Que je souhaiterais ajouter pour ma défense ? Non. [*Rires*] Non, pas du tout. Simplement vous dire que dans l'exercice de cette fonction de nomination, François MITTERRAND a exercé pleinement ses compétences, et il a été le chef de l'État qui nomme. Point. Et François MITTERRAND regardait de très près les mouvements de préfets, et bien sûr les mouvements d'ambassadeurs aussi... même quand ce n'était pas les plus gros postes. Je me souviens un matin, au Conseil des ministres, il y avait un mouvement préfectoral, présenté je crois que le ministre de l'intérieur qui devait être Philippe MARCHAND²⁶²⁶ : « Monsieur Dupond, préfet du Calvados, remplace Monsieur Durand dans la Loire. Monsieur Durand, dans la Loire précédemment, remplace Monsieur Duchmolle à Clermont-Ferrand, etc. » C'est ainsi un mouvement préfectoral. Donc il énumère tous les noms de la liste, et François MITTERRAND dit : « Bon. Vous n'avez oublié personne ? » Alors le ministre de l'Intérieur dit : « Heu non. Non, Monsieur le président ! » François MITTERRAND lui dit : « Je vous prie d'ajouter à la liste la mise hors-cadre du préfet de tel département qui a laissé la nuit dernière, sans intervenir, incendier des camions de viande anglais par une manifestation paysanne. » Alors, Philippe MARCHAND dit : « Très bien Monsieur le président, je vais me renseigner. » « Ha ! Parce que, en plus, vous n'êtes pas au courant ? ! Monsieur untel, préfet de la Creuse, est placé en position hors cadre. » « Bien, Monsieur le président de la République. »

LS : Pendant le conseil ?

MC : Pendant le conseil. C'est pas mal ça ? [*Sourires*]

LS : Oui ! C'est pas mal ! Ça a dû surprendre !

MC : Ha oui ! C'est sûr. [*Il me raconte un autre incident en Conseil des ministres s'agissant du renouvellement d'un patron d'entreprise publique en me demandant de ne pas la citer.*]

²⁶²⁴ En même temps qu'elle met fin au monopole de l'État sur la télévision et la radiodiffusion, loi n°82-652 du 29 juillet 1982 *sur la communication audiovisuelle* crée la Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA).

²⁶²⁵ La Commission nationale de la communication et des libertés a été créée par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* (dite Loi Léotard). Elle se substitue à la Haute autorité de la communication audiovisuelle.

²⁶²⁶ M. MARCHAND a été ministre de l'intérieur entre janvier 1991 et avril 1992.

Parce que les ministres faisaient souvent des propositions politiques... Cela mettait François MITTERRAND hors de lui. Enfin, cela dépendait des postes. Lorsque c'était pour le Conseil économique et social, il s'en moquait un peu. Mais, pour des postes stratégiques dans les ministères ou entreprises publiques, il ne se laissait pas « refiler » n'importe qui !

LS : D'accord... Il y a peut-être encore d'autres histoires que vous voudriez me raconter ?

MC : Non. Tout cela est tellement vieux, vous comprenez. Ça remonte à très loin... Je vais vous raconter une autre anecdote. Un jour, on nommait le Conseil supérieur de la magistrature. Alors à l'époque, pour le Conseil supérieur de la magistrature, les propositions étaient faites par la Cour de cassation, qui proposait trois candidats par série de postes : donc, Premier président de cour d'appel, procureur général, président de TGI et procureurs. François MITTERRAND reçoit la liste des propositions, me la donne et me dit : « Regardez-moi ça ! De toute façon on ne peut pas faire grand chose, généralement on prend le premier de la liste ». Et puis il regarde la liste des présidents de cours d'appel, et il voit en numéro 2 CHAZAL DE MAURIAC. Alors il dit : « CHAZAL. Mais j'en ai connu un, à la Libération, qui était conseiller à la Cour de cassation et qui a fait la grande ordonnance de 1945 sur l'enfance. C'était un magistrat de grande volée. Est-ce que ce CHAZAL DE MAURIAC est parent avec lui ? » Il était Vice-président de la Cour d'appel de Rouen. Alors, je me renseigne. Robert BADINTER était là mais ne le connaissait pas davantage. Et puis l'après-midi, M. BADINTER m'appelle et me dit : « Ne te lance pas dans cette opération... Ça va nous créer des ennuis. Alors que le numéro 1, ça passera facilement et nous n'aurons pas d'ennuis ». Je prends quand même mes renseignements. Et on me dit que c'est un excellent magistrat, d'une compétence absolue, au caractère difficile mais d'une rigueur totale. C'est le fils de CHAZAL DE MAURIAC que François MITTERRAND avait connu en 1945. Je le dis au président qui me dit de convoquer Robert BADINTER qui maintient ses réserves. Alors François MITTERRAND prend la liste [*Il mime*]. « Il faut se décider. Bon. Tribunaux de grande instance. Il coche les premiers. Puis cours d'appel. Alors Dupond, CHAZAL, Durand. » François MITTERRAND barre le premier, barre le troisième, entoure le second nom – CHAZAL DE MAURIAC – et dit au garde des Sceaux : « Que voulez-vous, on ne pénalise pas le talent ! »

LS : Belle histoire.

MC : C'est pas mal ça ? Voilà. Et il a été nommé²⁶²⁷. Une autre fois, pour la nomination au Conseil supérieur de la magistrature, la Cour de cassation propose, je ne sais plus sur quel grade, un nommé DIDIER. François MITTERRAND me dit : « Tiens, DIDIER. Est-ce qu'il est parent avec Paul DIDIER, qui était conseiller au tribunal de Paris en 1940 et qui est le seul magistrat qui a refusé de prêter serment à PÉTAINE ? » « Je ne sais pas. » Il me demande de me renseigner et je découvre que c'est son fils. MITTERRAND me dit : « C'est le seul magistrat qui n'a pas prêté serment. La magistrature, étant tellement outrée par cette résistance, n'a pas voulu faire de scandale à l'époque et l'a mis en congé maladie pour toute la durée de la guerre en le faisant passer pour fou. Réintégré à la Libération, il est resté magistrat jusqu'en 1958 mais n'a jamais eu d'avancement. Le corps judiciaire s'est vengé. » Alors à l'époque, je ne sais plus qui était garde des Sceaux... François MITTERRAND le convoque et lui dit : « Je choisis DIDIER. » Le garde des Sceaux lui dit : « Si vous retenez ce nom, proposé en numéro 3, ça va faire du bruit. » MITTERRAND a dit : « Raison de plus ! » Et il a nommé le fils de Paul DIDIER²⁶²⁸. Voilà, il exerçait ses fonctions. Je crois d'ailleurs que, sauf peut-être le général DE GAULLE... mais sinon, après le général DE GAULLE, pour les autres présidents de la République, POMPIDOU, GISCARD, CHIRAC, SARKOZY je ne suis sûr de rien. Disons qu'il est de ceux qui, sous la Cinquième, a pleinement exercé le pouvoir de nomination. Pleinement. Sans s'occuper d'ailleurs du « qu'en-dira-t-on ».

LS : Et sans que cela varie au cours de ses mandats... ?

MC : Non. Il a toujours fait ainsi et c'est tout. Mais au début du premier mandat, quand même, il disait : « Ils n'ont nommé, sans discernement, que des gens de droite depuis vingt-cinq ans. Je veux rééquilibrer mais je ne veux pas nommer toutes les « cloches » qui se disent du Parti Socialiste. Je veux nommer des gens qualifiés mais exclus de fonctions plus importantes pour des raisons politiques. » Donc on regardait ça de près au début. Puis, quand la mécanique a été rodée et plus le temps passait moins c'était...

LS : ... Un enjeu pour vous ?

MC : Voilà.

LS : D'accord. Très bien. Je vous remercie du temps que vous m'avez consacré.

Fin de l'enregistrement. Nous prenons congé.

²⁶²⁷ Renaud CHAZAL DE MAURIAC a été nommé en février 1983. En réalité, il était alors premier Vice-président au Tribunal de grande instance de Rouen.

²⁶²⁸ Paul DIDIER (fils) a été nommé au Conseil supérieur de la magistrature par décret le 27 juin 1985. Il avait, auparavant, été nommé conseiller à la Cour de cassation en juillet 1982. Voir *Le Monde*, 3 juillet 1982.

Entretien avec M. Jean-Louis BIANCO, le 12 septembre 2013

Outre ses fonctions de ministre qui présentent un intérêt certain pour la connaissance du processus de nomination, M. BIANCO a assumé les fonctions de secrétaire général de l'Élysée entre 1982 et 1991 ; il s'agit du plus long mandat à ce poste sous la Cinquième République.

Le rendez-vous était fixé le 12 septembre 2013 à 10h dans son bureau de l'Observatoire de la Laïcité dont il est président. Après m'être présentée et avoir exposé à M. BIANCO l'objectif du rendez-vous que j'avais sollicité, j'ai obtenu de lui l'autorisation d'enregistrer notre entretien.

Durée de l'enregistrement : 28 min.

LS : Peut-être pour commencer pourriez-vous me dire quel est le rôle que vous jouiez en général, en tant que secrétaire général de l'Élysée, et puis s'agissant des nominations en particulier.

JLB : Le rôle du secrétaire général a évolué à travers le temps, d'abord parce que la société française a évolué, la vie politique française a évolué, la vie médiatique française a évolué ; donc, je vous parlerai de ma période à moi, même si j'ai quelques idées sur ce qui s'est passé avant et après. La principale différence en tout cas, dans la période de Nicolas SARKOZY – ce n'est plus le cas aujourd'hui – c'est que le secrétaire général de l'Élysée et, d'ailleurs, d'autres collaborateurs du président de la République, sont devenus des personnages publics qui s'expriment. Ce qui, entre parenthèse, me paraît une énorme erreur par rapport à la fonction, par rapport aux institutions et même par rapport à l'intérêt du président de la République, surtout quand on s'exprime pour contredire le Premier ministre. Je vous dis les choses comme je pense et je peux être cité ! Mais enfin, ce n'est pas votre sujet ! Quand on s'exprime pour expliquer ce que dit le président, après tout... Moi, je ne l'ai pas fait parce que ce n'était pas dans l'air du temps, sauf une ou deux fois sur des questions européennes. Qu'on connaisse ses collaborateurs, qu'ils s'expriment ça ne me choquerait pas, parce que ce sont des gens qui jouent un rôle important. Mais s'ils s'expriment, encore une fois, ce doit seulement être pour préciser, commenter, ce que le président de la République peut dire. Mais ce n'était pas votre question.

Le secrétaire général de la présidence de la République – je suis sûr que c'est vrai aujourd'hui parce que je connais bien Pierre-René LEMAS, mais je pense que c'était vrai aussi du temps de Claude GUÉANT – est l'interface entre le président de la République et le

Premier ministre, même s'ils [président de la République et Premier ministre] se voient et se téléphonent évidemment ; entre le président de la République et les ministres dans une certaine mesure ; entre le président et un certain nombre de représentants d'institutions. Non pas pour faire écran, mais pour avoir des informations et faire passer des messages dans les deux sens. Au fond, pour moi, c'est un travail d'ingénieur. Il s'agit de faire tourner la machine : bien sûr, [celle de la] présidence de la République, [la machine] gouvernementale et [la] gestion du pays. En théorie, le secrétaire général n'a pas à exprimer des opinions personnelles à l'extérieur, fût-ce en cercle très restreint, mais il peut avoir des positions en interne, vis-à-vis du président. Mais ça, c'est la théorie ! En pratique, quand on se connaît bien, on peut se dire des choses entre le secrétaire général et le Premier ministre ou les ministres. Voilà. Donc, c'est un rôle d'interface, au sens noble du terme : faire remonter les informations, faire descendre les instructions, préparer les arbitrages. Voilà comment je qualifierais le rôle dans son ensemble.

Donc, cela s'applique aussi aux nominations, avec peut-être la différence que, sur ce sujet, plus que sur d'autres, il y a des entrées variées vers le président de la République. Il y en a toujours. Je pense que chaque président de la République a intérêt à diversifier ses sources d'information quelle que soit la confiance qu'il peut faire à son équipe ou au secrétaire général ; il a besoin d'avoir d'autres avis. Mais sur les nominations, comme c'est très demandé, très couru, [qu'il y a] des enjeux de carrières personnelles, des enjeux plus politiques, beaucoup de gens écrivent au président de la République pour lui dire : « Voilà, je suis quelqu'un de remarquable et je mériterais d'être ceci ou cela » ou bien « Je connais quelqu'un de remarquable ou quelqu'un qui vous a toujours été fidèle et qui est maltraité ». Donc la terre entière peut écrire et, bien entendu, dans la terre entière, il y a éventuellement les ministres, des parlementaires importants, le Premier ministre... Donc, le président de la République est alimenté, peut-être même parfois bombardé, de demandes ou de propositions diverses.

Je ne sais pas comment est organisé l'Élysée aujourd'hui, mais du temps du président MITTERRAND, jouaient un rôle, en plus du secrétaire général, à la fois le directeur de cabinet, donc pour l'essentiel de mon temps, Jean-Claude COLLIARD, le conseiller spécial, Jacques ATTALI et surtout Michel CHARASSE. Michel CHARASSE avait, de fait, une spécialisation dans les questions de nominations importantes. C'est lui qui attirait l'attention du président sur les nominations à venir, c'est lui qui traitait les demandes que le président recevait. Mais Michel CHARASSE agissait en toute transparence par rapport à moi : il me

montrait les notes qu'il faisait au président quand il avait une demande directe du président et, le cas échéant, il les faisait passer par mon visa. Mais toute la préparation, la réflexion, c'est lui qui la faisait.

Il s'agit de nominations très diverses et il faudrait distinguer : les nominations au tour extérieur des grands corps – ça, c'est très, très prisé ; les nominations à des fonctions importantes d'administration centrale. Les mécaniques sont encore différentes pour des postes comme les recteurs, les inspecteurs d'académie, les ambassadeurs, les préfets... Ces postes échappent largement à la machine de l'Élysée et ça ne remonte pas forcément au président de la République. C'est vraiment le ministre et, le cas échéant, le Premier ministre, qui arbitrent... Sauf dans les cas difficiles ou sensibles pour des raisons de personnes – qui risquent d'être malheureuses de telle ou telle décision – ou pour des raisons politiques – dans la mesure où les choix ont des conséquences politiques. Il y a deux types de problématiques : faire partir ou muter des gens qui vont dire que c'est parce qu'ils sont dans l'opposition ou, au contraire, promouvoir des gens dont on va dire qu'ils ne sont promus que par leur proximité avec le pouvoir. En réalité, ce n'était à l'époque qu'une toute petite partie des cas. Et puis, bien entendu, toujours des parlementaires qui peuvent faire savoir au président de la République que tel préfet est vraiment insupportable, etc. Normalement, si la machine tourne bien, c'est le ministre de l'intérieur qui doit regarder cela en priorité. J'ajoute que c'est un exercice assez difficile pour les préfets...

Cela vous intéresse, les préfets ?

LS : Oui, bien sûr.

JLB : Le préfet a une difficulté, il est l'expression de la politique gouvernementale et il n'est pas à la botte des parlementaires de la majorité. Donc l'équilibre est difficile car certains parlementaires de la majorité – quelle qu'elle soit, PS ou UMP – estiment que le préfet est là pour prendre instruction auprès des parlementaires. Donc, si le préfet affirme simplement l'indépendance de sa fonction qui est une fonction d'État et non d'attaché parlementaire, certains députés prennent cela très mal. En sens inverse, certains préfets manquent de bon sens politique et sont dans une espèce de tour d'ivoire, ce qui fait que, par exemple, ils ne répercutent pas au ministre de l'intérieur ou au Premier ministre des demandes insistantes des parlementaires – j'ai un cas précis en tête. L'équilibre n'est pas hyper difficile à trouver mais il suppose du doigté, du bon sens... Ça marche bien dans la plupart des cas, mais ce problème existe. En sens inverse, les parlementaires de l'opposition ont souvent l'impression – sauf quand les préfets sont à la fois corrects et habiles – qu'ils sont maltraités, qu'ils ne savent

rien, que seuls les parlementaires de la majorité savent quelque chose, etc. Et puis, il y a la grande difficulté pour les préfets : la visite ministérielle qui est, pour beaucoup, une source d'angoisse ou de préoccupation parce que le ministre a envie que cela se passe bien et, si ça ne se passe pas bien, il peut toujours penser que c'est de la faute du préfet : ça ne se passe pas bien parce que des manifestants viennent insulter le ministre, parce qu'on a pris du retard, parce qu'il n'a pas serré la main d'une personnalité importante... Donc un certain nombre de préfets tremblent beaucoup pour cela. À tort ou à raison. Si le ministre de l'intérieur est un bon ministre sur le plan des nominations... ce n'est pas parce qu'une visite ne s'est pas bien passée que le préfet est un mauvais préfet. Le ministre doit avoir du recul. Mais entre les irritations, les mécontentements des parlementaires et les problèmes de visites, il est un peu sous pression ! Je pense que cela dépend beaucoup des tempéraments, plus que des majorités, et qu'un ministre de l'intérieur, un Premier ministre ou un président ne doivent pas céder à des impressions de ce genre. Ce qui n'empêche que, à ma connaissance, il n'y a pas de procédures très solides et objectivant le choix des préfets. Certes, il y a des lettres de mission, disant aux préfets ou aux ambassadeurs ce qu'on attend d'eux ; il y a des corps d'inspection qui font des évaluations assez rigoureuses et sérieuses. Mais les décisions de nomination, à ma connaissance, ne sont pas précédées par un bilan formel des compétences, des plus et des moins ; je trouve que c'est dommage. J'avais essayé de le faire un peu à l'Élysée pour les nominations de préfets, avec les gens qui suivaient le ministère de l'intérieur dans l'équipe du président et avec CHARASSE. On essayait d'être un peu plus objectif par la connaissance qu'on pouvait avoir des évaluations ; évaluations qu'on transmettait d'ailleurs au ministre de l'intérieur, qu'on ne gardait pas pour nous à l'Élysée.

Ambassadeur, ce n'est pas tout à fait le même sujet, dans la mesure où il n'y a pas de manifestants – sauf quelques français de l'étranger – qui vont enquiquiner le ministre des affaires étrangères en voyage.

Je pense qu'un ministre – et cela vaut aussi pour le ministre de l'équipement ou pour le ministre des affaires sociales que j'ai été – doit avoir une forme de discipline en ne jugeant pas simplement sur des petits sujets qui peuvent être irritants : par exemple, quand on pose une question par écrit à laquelle on n'obtient pas tout de suite une réponse ou le fait qu'une visite ne se passe pas très bien. Je pense qu'il faut avoir la capacité – je crois que je l'ai eue en tant que ministre – de regarder plus en profondeur.

L'inspecteur d'académie qui refuse obstinément d'ouvrir les classes que demande le député de la majorité... En général, il n'est pas idiot, c'est qu'il a de bonnes raisons de le

faire. Moi, j'ai été parlementaire de la majorité puis de l'opposition et... Rarement, mais ça m'est arrivé de m'engueuler avec l'inspecteur d'académie en lui disant qu'il se trompait. Mais je discutais sur une base objective : « Ce n'est pas parce que c'est dans la circonscription de mon grand oncle que c'est important mais c'est parce que là, les chiffres que fournit le service sont faux ». On pouvait discuter. Y compris lorsque j'étais dans l'opposition. Mais c'est vrai que j'avais un statut particulier puisqu'étant considéré comme un membre important de l'opposition. Alors soit les préfets faisaient tout pour m'écarter des informations – quand ils étaient très politisés – soit ils faisaient tout ce qu'ils pouvaient, dans les limites de leur mission, pour être corrects avec moi... Pour vous citer une anecdote... Un préfet [*Il me demande de ne pas le citer*] n'avait répondu à aucune de mes demandes pendant tout le temps de mon mandat et, quelques mois avant l'élection présidentielle, j'ai eu le droit à un coup de fil : « Monsieur le ministre, nous nous sommes très peu vus ces derniers temps ; j'en suis désolé. Comment puis-je vous être utile ? » La caricature extrême du préfet ! Des cas comme cela existent, bien entendu. Sur le plan de la petite politique, certains préfets ou ambassadeurs parfois très à droite ont su être très diligents notamment parce qu'ils devaient sentir l'arrivée de l'alternance. [*Rires*]

LS : D'accord. Alors, vous citiez ces nominations où les ministres jouent un rôle important ; peut-être pourriez vous me dire un mot sur les autres nominations et les différents processus à l'œuvre notamment en fonction des différents Premiers ministres de François MITTERRAND ?

JLB : Cela s'est passé de manière à peu près semblable. Bien entendu, sur tous les sujets importants, le Premier ministre en parle en tête-à-tête avec le président, le cas échéant avec le secrétaire général. C'est une mécanique assez huilée. Encore une fois, cela dépend de l'importance stratégique : nominations importantes dans l'appareil d'État, nominations sensibles politiquement comme, par exemple, quelqu'un qui va bousculer un peu les habitudes. On en a fait beaucoup dans les années 80, notamment au Quai d'Orsay quand on a mis des gens – par ailleurs remarquables – à des postes d'ambassadeurs, mais qui n'étaient pas du Quai d'Orsay. Le corps n'a pas aimé alors que c'étaient des gens éminemment compétents : je pense, par exemple, à Gilles MARTINET à Rome, à GUIDONI ou à quelques autres.

Sinon, je n'ai pas souvenir de grande dysharmonie aussi bien avec Pierre MAUROY qu'avec Laurent FABIUS.

La relation entre Michel ROCARD et François MITTERRAND était complexe : deux

cultures profondément différentes, deux histoires différentes, jamais une vraie confiance, ni d'un côté, ni de l'autre. Dans la constitution du Gouvernement, le président de la République, suivant les sujets, les personnes et son tempérament, pèse plus ou moins. François MITTERRAND a imposé à ROCARD des ministres qui ne lui étaient pas favorables. Je pense que c'était aussi dans l'intérêt de ROCARD mais il l'a pris comme quelque chose d'agressif. Il valait mieux avoir dans son équipe gouvernementale des gens qui l'auraient plus enquiné s'ils avaient été hors du Gouvernement !

Voilà, parfois, il y avait des tensions, mais c'est globalement huilé. Cela dépend des secteurs. Par exemple, dans les entreprises publiques, on discutait entre Premier ministre et président ; il ne fallait pas se tromper. Pareil sur les postes présentant des enjeux politiques. Voilà.

LS : D'accord. Peut-être pouvez-vous poursuivre ce que vous commencez à esquisser sur la cohabitation ?

JLB : Oui. Alors, sur la cohabitation. Pour 1993, c'est mon ami Hubert VÉDRINE qui m'a succédé. Je sais comment cela s'est passé puisque nous sommes restés en contact étroit. Sous CHIRAC/JOSPIN, je pense que ce devait être assez semblable, j'en ai parlé avec SCHRAMMECK qui était directeur de cabinet de JOSPIN.

Donc, la cohabitation, en fait, tout le jeu a consisté pour François MITTERRAND à tirer le maximum – et honnêtement un peu au-delà – de ce que permettait la Constitution... Dans tous les domaines. Cela a notamment conduit le président à se déclarer gardien de la Constitution sur à peu près tout et donc à bloquer le Premier ministre sur des domaines où peu de constitutionnalistes auraient pu estimer que cela relevait de compétences possibles du président de la République.

Il avait, par exemple, inventé un truc qui a beaucoup embêté CHIRAC en disant : « Je veux bien que vous privatisiez mais pas que vous reveniez sur des nationalisations décidées par le général de GAULLE en 1945 ! Si vous le faites, je dirai que vous n'êtes pas fidèle à l'œuvre du général. [Rires] Le monde avait quand même changé, mais bon ! C'était de la tactique politique. Pour le reste, on avait préparé très soigneusement les choses parce qu'il était clair que CHIRAC avait la volonté de banaliser le président et d'en faire un président de Quatrième République. Donc, quand le président de la République a choisi de nommer Jacques CHIRAC, il avait été convenu que BALLADUR et moi aurions des contacts – qui sont restés secrets à ma grande surprise puisqu'il entrait par la grille du coq de l'Élysée, qu'à l'époque personne ne regardait. Je me suis battu, puisque c'est moi qui menais les négociations avec BALLADUR, sur les postes de ministre des affaires étrangères et ministre de la Défense en

considérant que c'était la prérogative constitutionnelle du président ; il y avait des arguments là-dessus. Je me suis aussi battu, à la demande du président, sur le ministre de l'intérieur où, là, les arguments constitutionnels étaient plus faibles. Le président a discuté avec CHIRAC à propos de PASQUA, qu'il connaissait bien par ailleurs puisqu'ils avaient fait partie du même réseau de Résistance. MITTERRAND a fait savoir à CHIRAC que non seulement PASQUA allait espionner l'Élysée, mais qu'il allait aussi espionner Matignon voire s'espionner lui-même ! CHIRAC a quand même nommé PASQUA. Par contre, on a eu de longs échanges et batailles sur la Défense et les Affaires étrangères. Sur les Affaires étrangères après que chacun a écarté cinq ou six noms, on est tombé d'accord sur Jean-Bernard RAYMOND. Je ne sais plus qui a proposé. C'était un ambassadeur de droite, classique, pendant longtemps écarté pour des raisons que j'ignore et que MITTERRAND avait nommé ambassadeur en Pologne puis en Union Soviétique et qui en était profondément reconnaissant au président de la République tout en étant de droite et loyal à CHIRAC. L'autre choix, qui s'est révélé une erreur – là, je pense que c'était une proposition de CHIRAC après qu'on ait écarté d'autres noms – c'est celui d'André GIRAUD : grand haut fonctionnaire, ancien patron du CEA, homme d'une intégrité et d'un sens de l'État exceptionnels et hors de doute et, en plus, plutôt un étatiste colbertiste qu'un libéral de droite. Le problème, c'est qu'il était extrêmement borné et têtu sur la guerre des étoiles de REAGAN qu'il trouvait géniale, comme CHIRAC d'ailleurs, alors que c'était à la fois techniquement et politiquement plus que problématique. Et puis, il avait inventé les « missiles à roulettes », comme disait MITTERRAND : missiles qui devaient se déplacer (secrètement !) dans toute la France pour être moins vulnérables que les missiles fixes du plateau d'Albion. Je lui ai expliqué cinquante fois que la dissuasion, c'était fait pour ne pas s'en servir et que, si un jour les soviétiques devaient tirer sur nous, c'est qu'on aurait une guerre nucléaire mondiale à laquelle je ne sais pas si la planète survivrait.

LS : Et sur les nominations autres que les nominations des ministres... ?

JLB : ... En période de cohabitation, François MITTERRAND avait aussi institué un principe qui était à la fois convenable, dans le respect des hommes et abusif, puisqu'aucun texte ne le permettait, et que CHIRAC a accepté dans son principe : pas d'éviction sans recasement correct. Et c'était le président de la République ou accessoirement moi-même qui jugions ce qui était correct ou pas, ce qui a beaucoup gêné Matignon, parce qu'on mettait la barre assez haut ! Mais cela a fait qu'en même temps, les gens étaient traités correctement. C'étaient des discussions assez longues mais pas dramatiques.

LS : Et sur le choix des remplaçants, MITTERRAND laissait la main à CHIRAC ?

JLB : Oui, ça, il le laissait faire complètement. Éventuellement, il ajoutait un commentaire, mais sans pression.

LS : D'accord. Vous parliez de l'interprétation qu'a pu avoir François MITTERRAND de ses propres prérogatives et j'ai en tête le décret de 1985 qui a allongé la liste des nominations pourvues en Conseil des ministres...

JLB : Bien sûr ! L'objectif était précisément d'allonger la liste pour garder la main ! De même qu'il y avait des nominations qui avaient un sens précis : on a nommé Élisabeth GUIGOU, secrétaire général de la coopération internationale – le SGCI – parce qu'on voulait avoir un œil sur ces questions. Et ce n'était pas quelqu'un que Jacques CHIRAC pouvait virer. Et puis, c'était quelqu'un d'éminemment compétent et qui était loyal vis-à-vis du Gouvernement tout en étant proche de nous.

LS : D'accord. Peut-être pourriez-vous encore me dire un mot sur les nominations dans les entreprises publiques ?

JLB : Une partie de ces nationalisations s'est faite avant que je sois secrétaire général de l'Élysée ; beaucoup de choses se sont faites dans la première année et évidemment avec l'aval explicite du président mais sur proposition du ministre de l'économie, du ministre de l'industrie et du Premier ministre. Je n'étais pas au cœur du système et je n'ai pas eu d'écho de grandes difficultés. Je ne me rappelle plus s'il y en a eu quand j'étais secrétaire général, mais je n'ai pas mémoire de graves difficultés.

LS : Donc, les ministres jouaient pleinement leur rôle de proposition.

JLB : Absolument. Sauf – et je pense que cela vaut pour tous les présidents – quand le président de la République avait une idée précise pour imposer quelqu'un à tel poste ; dans ce cas, il insistait, et parfois l'imposait aux ministres. Mais c'étaient très peu de cas. La normalité du pouvoir était que ce soit le ministre qui propose. Voilà.

LS : D'accord. Très bien. Je crois que je vous ai interrogé sur l'essentiel. Je vous remercie du temps que vous m'avez consacré.

Fin de l'enregistrement. Nous prenons congé.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

I. 1. Dictionnaires & Encyclopédies

ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2003, 1649 p.

ARABEYRE P., HALPÉRIN J.-L. et KRYNEN J. (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2007, 827 p.

BAILLY A. (dir.), *Le Grand Bailly. Dictionnaire grec-français*, Hachette, 2000, 2230 p.

CAYLA O. et J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Dictionnaires des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, 620 p.

CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 7^e éd., 2005, 970 p.

DUHAMEL O. et MÉNY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, 1112 p.

GAFFIOT F., *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934 (Disponible en ligne via l'URL : <http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=-1>)

INSERGUET-BRISSET V., GONDOUIN G. et VAN LANG V., *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2011, 480 p.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2002, 1324 p.

LE DIVELLEC A. et DE VILLIERS M., *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2013, 400 p.

MESURE S. et SAVIDAN P. (dir.), *Le Dictionnaire des sciences humaines*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2006, 1277 p.

REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française. Nouvelle édition*, Le Robert, 2010, 2616 p.

REY A. (dir.), *Le Grand Robert de la langue française*, Le Robert, 2^e éd., 2011, 6 vol.

ROBERT P., *Le Grand Robert de la langue française. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2^e éd. revue et enrichie par A. REY, Le Robert, 1985

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, 1198 p.

YVERT B. (dir.), *Dictionnaire des ministres (1789-1989)*, Librairie académique Perrin, 1990, 1028 p.

I. 2. Traités, Manuels, Précis & Recueils de décisions

— A —

ARDANT Ph. et MATHIEU B., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Manuels », 26^e éd., 2014, 507 p.

AUBY J.-M., AUBY J.-B., DIDIER J.-P. et TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2012, 897 p.

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, Dunod, vol. 1, 2^e éd., 1878-1882, 742 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, Dunod, vol. 2, 2^e éd., 1878-1882, 756 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, Dunod, vol. 3, 2^e éd., 1878-1882, 978 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

AVRIL P. et GICQUEL J., *Droit parlementaire*, Montchrestien, 4^e éd., 2010, 481 p.

— B —

BASTID P., *Cours de droit constitutionnel. La notion de chef d'État* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1959-1960, 508 p.

BERNARD G., *Introduction à l'Histoire du Droit et des institutions*, Studyrama, coll. « Panorama du droit », 2004, 461 p.

BERTHÉLEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau éditeur, 1^e éd., 1901, 933 p.

BON P. et MAUS D., *Les Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, « coll. Grands arrêts », 2008, 811 p.

BOURDIEU P., *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Seuil, coll. « Raisons d'agir », 2012, 663 p. [SHT]

BURDEAU G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 8^e éd., 1959, 512 p.

BURDEAU G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 9^e éd., 1961, 570 p.

BURDEAU G., *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1962, 714 p.

— C —

CHAGNOLLAUD D. et TROPER M. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1 *Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, 815 p.

CHAGNOLLAUD D. et TROPER M. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2 *Distribution des pouvoirs*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, 805 p.

CHAGNOLLAUD D. et TROPER M. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3 *Suprématie de la Constitution*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, 825 p.

CHAGNOLLAUD D., *Droit constitutionnel contemporain*, t. 2 *Le régime politique français*, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 6^e éd., 2013, 669 p.

CHANTEBOUT B., *Droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, coll. « Université », 30^e éd., 2013, 656 p.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, coll. « Domat », 15^e éd., 2006, 1427 p.

CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis droit », 5^e éd., 2013, 610 p.

CHEVALLIER J.-J., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Dalloz, coll. « Classic », 9^e éd., 2009, 748 p.

CHEVALLIER J.-J., CARCASSONNE G. et DUHAMEL O., *Histoire de la V^e République*, Dalloz, coll. « Classic », 14^e éd., 2012, 660 p.

CHIFFLOT N., CHRÉTIEN P. et TOURBE M., *Droit administratif*, Dalloz-Sirey, coll. « Université », 14^e éd., 2014, 788 p.

COHENDET M.-A., *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 4^e éd., 2008, 583 p.

COHENDET M.-A., *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « LMD », 2013, 762 p.

CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5^e éd., 2011, 551 p.

— D —

DARESTE R., *La Justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1862, 688 p. (Disponible en ligne via

l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

DE VILLIERS M. et DE BERRANGER Th. (dir.), *Droit public général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 5^e éd., 2011, 1563 p.

DELVOLVÉ P. et VEDEL G., *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 7^e éd., 1980, 1087 p.

DELVOLVÉ P., LONG M., WEIL P., BRAIBANT G. *et alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, 1033 p.

DORD O., *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2012, 373 p.

DUCROCQ T., *Cours de droit administratif*, vol. 1, E. Thorin, 2^e éd., 1874, 848 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, vol. 1, Fontemoing, 1907, 1140 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Bocard, 1923, rééd. Panthéon-Assas, 2007, 605 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 1 *La Règle de droit, le problème de l'État*, E. de Bocard, 3^e éd., 1927, 763 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 2 *La Théorie générale de l'État – première partie*, E. de Bocard, 3^e éd., 1928, 888 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 3 *La Théorie générale de l'État – suite et fin*, E. de Bocard, 3^e éd., 1930, 856 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

DUHAMEL O., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 2009, 917 p.

DUVERGER M., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, t. 2 *Le régime politique français*, PUF, coll. « Thémis », 4^e éd., 1959, 820 p.

DUVERGER M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, coll. « Thémis », 8^e éd., 1965, 767 p.

— E/F/G —

EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 1983, 786 p.

EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983, 908 p.

ELLUL J., *Histoire des institutions*, 1^e éd., PUF, coll. « Thémis », 1955, 791 p.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R. *et alii*, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, coll.

- « Précis », 17^e éd., 2014, 1094 p.
- FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat », 5^e éd., 2008, 576 p.
- GEORGES P. et SIAT G., *Droit public*, Sirey, coll. « Manuel intégral cours », 16^e éd., 2011, 570 p.
- GÉRARD P., *L'Administration de l'État*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2014, 404 p.
- GICQUEL J. et GICQUEL J.-É., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, coll. « Domat », 27^e éd., 2013, 882 p.
- GOHIN O., *Droit constitutionnel*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2013, 1317 p.
- GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, 842 p.
- GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, 712 p.
- GRISTI É., *La Réforme de l'État*, Vuibert, coll. « Public droit », 2007, 530 p.
- GROSSMAN E. et SAUGER N., *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'UE*, De Boek, coll. « Ouvertures politiques », 2007, 256 p.
- H/I/J —
- HAMON F. et TROPER M., *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Manuel », 35^e éd., 2014, 798 p.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose, 4^e éd., 1900-1901, 886 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, Larose, 1910, rééd. Dalloz, 2010, 734 p.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 9^e éd., 1919, 1099 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)
- HILAIRE J., *Histoire du droit*, Dalloz, coll. « Mémentos », 13^e éd., 2013, 210 p.
- JAN P., *Institutions administratives*, LexisNexis, coll. « Objectif Droit Cours », 4^e éd., 2011, 346 p.
- JÈZE G., *Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault et Cie, 1^e éd., 1904, 167 p.

JÈZE G., *Principes généraux du droit administratif*, t. 2 *La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, M. Giard, 3^e éd., 1930, rééd. Dalloz, 2003, 848 p.

— L —

LAFERRIÈRE F., *Cours théorique et pratique de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution de 1852*, t. 1, Cotillon éditeur, libraire du Conseil d'État, 4^e éd., 1854, 704 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

LAFERRIÈRE F., *Cours théorique et pratique de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution de 1852*, t. 2, Cotillon éditeur, libraire du Conseil d'État, 4^e éd., 1854, 870 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

LAFERRIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault et Cie, 2^e éd., 1896, 724 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

LAFERRIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault et Cie, 2^e éd., 1896, 709 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

LASCOMBE M., *Droit constitutionnel de la V^e République*, L'Harmattan, coll. « Logique Juridique », 11^e éd., 2010, 469 p.

DE LAUBADÈRE A., *Cours de droit public* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1959-1960, 340 p.

DE LAUBADÈRE A., *Les Réformes administratives de 1958-1959*, Addendum au Traité de droit administratif, LGDJ, 2^e éd., 1960, 55 p.

DE LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1973, 743 p.

DE LAUBADÈRE A., VENEZIA J.-C. et GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 8^e éd., 1986, 813 p.

DE LAUBADÈRE A., VENEZIA J.-C. et GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 8^e éd., 1986, 515 p.

LEGENDRE P., *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, coll. « Thémis », 1968, 580 p.

LE POURHIET A.-M., *Droit constitutionnel*, Economica, coll. « Corpus droit public », 6^e éd., 2014, 556 p.

LOMBARD M., DUMONT G. et SIRINELLI J., *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « HyperCours », 2013, 653 p.

— M —

MACAREL M., *Cours de droit administratif*, Gustave Thorel, 2^e éd., 1848, 672 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)

MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, Economica, coll. « Corpus de droit public », 3^e éd., 2013, 441 p.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN F. et PACTET P., *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Sirey Université », 32^e éd., 2013, 641 p.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN F. *et alii* (dir.), *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2^e éd., 2014, 598 p.

MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Montchrestien, coll. « Domat Public », 12^e éd., 2012, 548 p.

MORAND-DEVILLER J., *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 11^e éd., 2009, 944 p.

— P/R —

PLANTEY A. et PLANTEY M.-C., *La Fonction publique*, LexisNexis, coll. « Traité », 2012, 1186 p.

PORTELLI H., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « HyperCours », 10^e éd., 2013, 469 p.

PRÉLOT M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 1961, 856 p.

PRÉLOT M., *Sociologie politique*, Dalloz, coll. « Précis », 1973, 711 p.

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. « Domat Droit public », 7^e éd., 2010, 536 p.

— S à Z —

SAINT-BONNET F. et SASSIER Y., *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 2011, 474 p.

SAURON J.-L., *Le Parlement européen*, Gualino, 2009, 176 p.

SEILLER B. et GUYOMAR M., *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « HyperCours », 2013, 583 p.

SUDRE F. *et alii.*, *Les Grandes Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. « Thémis Droit », 5^e éd., 2009, 854 p.

TÜRK P., *Les Institutions de la V^e République*, Gualino éditeur, coll. « Mémentos LMD », 6^e éd., 2013, 260 p.

- VEDEL G., *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques* (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation du professeur), Les cours de droit, 1959-1960, 1200 p.
- VEDEL G. et GOGUEL F., *Les Institutions politiques de la France*, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 1964, 36 p.
- VERPEAUX M., *Manuel de droit constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2010, 427 p.
- VERPEAUX M. et alii., *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, 560 p.
- VERPEAUX M. (dir.), *Institutions et vie politique sous la V^e République*, La Documentation française, coll. « Les Notices », 4^e éd., 2012, 305 p.
- VERPEAUX M., *Droit constitutionnel français*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2013, 602 p.
- WALINE M., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, 610 p.
- ZILLER J., *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 1993, 511 p.

I. 3. Thèses & Mémoires universitaires

— A —

- AMAR C., *Le Président de la République dans les régimes parlementaires bireprésentatifs européens*, thèse dact., Université Lumière Lyon-II, 2 t., 2003, 1288 p. (Disponible en ligne via l'URL : http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/amar_c)
- ANCEL F., *Les Incompatibilités parlementaires sous la V^e République*, PUF, coll. « Travaux et recherches de l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris – Série science politique », 1975, 136 p.
- AVRIL P., *L'Évolution politique et constitutionnelle de la V^e République (1959-1960)*, Faculté de Droit de Paris, LGDJ, 1964, 398 p.
- AZOUAOU Ph., *L'Indisponibilité des compétences en droit public interne*, thèse dact., Université Paris X - Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, 719 p.

— B —

- BECQUÉ-ICKOWICZ S., *Le Parallélisme des formes en droit privé*, Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2004, 489 p.
- BELLOUBET-FRIER N., *Pouvoirs et relation hiérarchiques dans l'Administration française*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1990, 844 p. (+ XLVI p. d'annexes, y compris la bibliographie)

- BELRHALI H., *Les Coauteurs en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, 385 p.
- BENETTI J., *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004, 468 p.
- BARUCH M. O., *Servir l'État français. L'administration en France de 1940 à 1944*, Fayard, 1997, 737 p.
- BERNARD-DOUCHEZ M. H., *Recherche sur la coopération entre personnes publiques*, ANRT Lille, 1979, 885 f.
- BÉTAILLE J., *Les Conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse dact., Université de Limoges, 2012, 755 p.
- BOLLET-PONSIGNON A., *La Notion de séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958*, LGDJ, coll. « Science politique », 1993, 64 p.
- BOUGRAB J., *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002, 768 p.
- BRANCHET B., *Contribution à l'étude de la Constitution de 1958. Le contreseing et le régime politique de la V^e République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1996, 307 p.
- BRUNET F., *La Normativité en droit*, Mare et Martin, 2012, 678 p.
- BRUNET P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, 396 p.
- BRUNON-ERNST A., *De Bentham à Foucault : Autour du Panoptique (1)*, Synthèse de l'habilitation à diriger des recherches, Université Paris III Sorbonne-Nouvelle, 2012, 159 p. (Disponible en ligne via l'URL : <https://www.academia.edu>)

— C —

- CALOGEROPOULOS A., *Le Contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1983, 390 p.
- CÁRDENAS A. A., *La Présidentialisation du système politique, étude de droit comparé Argentine – France*, thèse dact., Université de Poitiers, 2012, 504 p.
- CARPENTIER É., *La Résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, coll. « Thèses », 2006, 452 p.
- CHANTEBOUT B., *L'Organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science

politique », 1967, 500 p.

CHAUVET C., *Le Pouvoir hiérarchique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2013, 704 p.

CLAISSE A., *Le Premier ministre de la V^e République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1972, 436 p.

COHENDET M.-A., *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 - mai 1988)*, 2 t., thèse dact., Université Lyon III Jean Moulin, 1991, 1008 p.

COHENDET M.-A., *La Cohabitation. Leçons d'une expérience*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1993, 343 p.

COLLET M., *Le Contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 2003, 392 p.

COLLIARD J.-C., *Les Régimes parlementaires contemporains*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978, 369 p.

— D —

DAUGERON B., *La Notion d'élection en droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2011, 1304 p.

DEAU R., *Les Actes administratifs unilatéraux négociés*, thèse dact., Université d'Angers, 2006, 595 p. (Disponible en ligne via l'URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/>)

DEROSIER J.-Ph., *Les Limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, 705 p.

DI QUAL L., *La Compétence liée*, LGDJ, 1964, 626 p.

DOMINGO L., *Les Actes internes du Parlement. Étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, LGDJ, 2008, 490 p.

DORINET B., *Le Conseil des ministres en France*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, 554 p.

DULONG D., *Un Président de la République à l'image d'une « France moderne »*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1996, 518 p.

DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, thèse dact., Université Paris II, 1976, 242 f.

— E/F/G —

ECK L., *L'Abus de droit en droit constitutionnel*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2010, 691 p.

FIorentino K., *La Seconde Chambre en France dans l'Histoire des institutions et des idées politiques (1789-1940)*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle », 2008, 599 p.

FOIRY A.-C., *Contribution à l'étude de l'interprétation de la Constitution de 1958 par le président de la République*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011, 350 p.

FRANÇOIS B., *Naissance d'une Constitution. La V^e République, 1958-1962*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, 263 p.

GEORGEL J., *Critiques et réforme des Constitutions de la République. De la Quatrième à la Sixième ?*, 2 t., Celse, 1959-1960, 348 p. et 444 p.

GICQUEL J., *Essai sur la pratique de la V^e République : bilan d'un septennat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1968, 398 p.

GIRARD A.-L., *La Formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2013, 620 p.

GOUÉRY J., *Le Président de la Seconde République*, Université de Rennes, L. Edoneur, 1906, 166 p.

GUILLAUME S., *Antoine Pinay ou la Confiance en politique*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1984, 231 p.

— H/I/J —

HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, 1971, 340 p.

HAVAS N., *La Responsabilité ministérielle en France. Contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres de la Révolution de 1789 à la V^e République*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire & constitutionnelle », 2012, 846 p.

HOSTIOU R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1974, 353 p.

ISAAC G., *La Procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1968, 732 p.

JAN P., *La Saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1999, 712 p.

— L —

LAFaix J.-F., *Essai sur le traitement juridique des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2009, 773 p.

LAQUIÈZE A., *Les Origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, PUF, coll. « Léviathan », 2002, 436 p.

LE BOS-LE POURHIET A.-M., *L'Article 92 de la Constitution de 1958*, Economica, coll. « Recherches Panthéon-Sorbonne Université Paris I », 1980, 94 p. (Voir LE POURHIET A.-M.)

LE DIVELLEC A., *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, 612 p.

LE GALL J., *Les Institutions de la V^e République à l'épreuve de l'alternance : la présidence de François Mitterrand*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1997, 393 p.

LEGRAND I., *Le Pouvoir présidentiel de nomination aux emplois constitutionnels de l'article 13*, Mémoire de DEA, Université Paris II Panthéon-Assas, 1996, 181 f.

LEROYER S., *L'Apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2011, 762 p.

LINDITCH F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1997, 334 p.

— M/N —

MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral. Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, 1971, 390 p.

MANSON S., *La Notion d'indépendance en droit administratif*, 2 t., thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 1995, 507 p.

MARTIN DE LA MOUTTE I., *L'Acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951, 343 p.

MICHEL Y., *Les Incompatibilités parlementaires*, thèse dact., Université Paris II, Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris, 1974, 366 p.

MISK H., *Le Pouvoir de nomination du chef de l'État sous la Cinquième République*, Mémoire de DEA, Université Bordeaux 1, 1994, 180 f.

MONTAY B., *Le Pouvoir de nomination de l'exécutif sous la V^e République. De la compétence liée au pouvoir de patronage*, Mémoire de Master 2 Recherche, Université Paris II Panthéon-Assas, 2013, 145 f. (Disponible en ligne via l'URL : [http://juspoliticum.com/IMG/pdf/Memoire_BM - copie V3 PDF.pdf](http://juspoliticum.com/IMG/pdf/Memoire_BM_-_copie_V3_PDF.pdf))

MOUSNIER R., *La Vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 1^e éd., Éditions Maugard, 1945, 629 p.

MOUSNIER R., *La Vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 2^e éd. revue et augmentée, PUF, 1971, 728 p.

NADAL J.-B., *Attributions du président de la République en France et aux États-Unis*, Université de Toulouse, Ch. Marquès, 1909, 144 p.

— P/Q/R —

PAPASPYROU V., *La Signature du président de la République*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2005, 700 p.

PIASTRA R., *Du contreseing sous la V^e République*, 2 t., thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1997, 843 p.

PINON S., *Les Réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, 627 p.

PLANTON C., *Le Président, la politique étrangère et la défense*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1994, 510 p.

PYP., *Le Rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1976, 180 p.

QUENARDEL E., *Les Attributions et le rôle du président de la République dans la constitution du 27 octobre 1946*, thèse dact., Faculté de droit de Paris, 1953, 223 p.

REYNES F., *Le Quinquennat. Les nouveaux équilibres de la République présidentielle*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 2013, 451 p. (Disponible en ligne via l'URL : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/475fc2e2-87a9-4365-8462-2a55af034fda>)

RIALS S., *Les Idées politiques de Georges Pompidou*, PUF, coll. « Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris », 1977, 192 p.

ROBLOT-TROIZIER A., *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2007, 688 p.

ROUJOU DE BOUBÉE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, 329 p.

RUIZ É., *Trop de fonctionnaires ? Contribution à une Histoire de l'État par ses effectifs. (France, 1850-1950)*, EHESS, 2013, 889 p. (Disponible en ligne via l'URL : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00863780/>)

— S à Z —

SCHAEFFER B., *L'Institution présidentielle dans les États d'Europe centrale et orientale*, thèse dact., Université de Nantes, 2010, 704 p.

- SINEAU M., *Femmes et pouvoir sous la V^e République : de l'exclusion à l'entrée dans la course présidentielle*, Presses de Sciences Po, coll. « Fait politique », 2^e éd., 2011, 324 p.
- SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, 2 t., thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 1979, 241 p. et 271 p.
- TESTARD C., *Le Contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du président de la République*, Publication de l'Université J. Moulin Lyon 3, 2011, 160 p.
- THÉRÉSINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1981, 445 p.
- THOMAS J., *L'Indépendance du Conseil constitutionnel*, Fondation Varenne, coll. « Collection des Thèses », 2010, 446 p.
- TOUZEIL-DIVINA M., *Éléments d'Histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*, Université de Poitiers, LGDJ, coll. « Faculté de droit et des sciences sociales », 2007, 682 p.
- TROPER M., *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, 248 p.
- TUSSEAU G., *Les Normes d'habilitation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2006, 819 p.
- VENEZIA J.-C., *Le Pouvoir discrétionnaire*, thèse dact., Faculté de droit de Paris, LGDJ, 1958, 175 p.
- VERPEAUX M., *La Naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991, 434 p.
- VIDAL-NAQUET A., *Les « Garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2007, 1224 p.
- VOISSET M., *L'Article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1969, 437 p.
- WIENER C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1970, 298 p.
- ZARCA J.-C., *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle/majorité parlementaire sous la Cinquième République (1986-1992)*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1992, 485 p.
- ZARCA A., *L'Égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, 1081 p.
- ZILLER J., *Égalité et mérite : l'accès à la fonction publique dans les États de la Communauté Européenne*, Bruylant, 1988, 350 p.

I. 4. Monographies, ouvrages généraux & ouvrages collectifs

— A —

AMELLER M., *Parlements. Une étude comparative sur la structure et le fonctionnement des institutions représentatives dans cinquante-cinq pays*, PUF, coll. « Union interparlementaire », 2^e éd., 1966, 379 p.

ARDANT Ph., *Le Premier ministre en France*, Montchrestien, coll. « Clefs. Politique », 1991, 155 p.

ARISTOTE, *De la Constitution d'Athènes*, trad. franç. par REMACLE Ph. et alii, Chap. V. (Disponible en ligne via l'URL : <http://remacle.org/>)

ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *Le Bicamérisme. Actes des journées d'études du 17 mars 1995*, Economica-PUAM, 1997, 165 p.

ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF (AFDA), *La Compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008*, LexisNexis-Litec, coll. « Colloques et débats », 2008, 272 p.

AVRIL P., *Le Régime de la V^e République*, LGDJ, 4^e éd., 1979, 479 p.

AVRIL P., *Les Conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, coll. « Léviathan », 1997, 202 p.

— B —

BAECQUE F. (DE) et QUERMONNE J.-L. (dir.), *Administration et politique sous la Cinquième République*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2^e éd., 1982, 391 p.

BARANGER D., *Le Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, 128 p.

BARREAU J. (dir.), *L'État entrepreneur : nationalisations, gestions du secteur public concurrentiel, construction européenne, 1982-1993*, L'Harmattan, coll. « Logiques économiques », 1990, 175 p.

BARUCH M. O. et DUCLERT V., *Serviteurs de l'État*, La Découverte, coll. « Espace de l'Histoire », 2000, 580 p.

BASTID P., *Sieyès et sa pensée*, Slatkine, 1970, 666 p.

BEAUD O., *La Puissance de l'État*, 1994, PUF, coll. « Léviathan », 512 p.

BEAUD O. et BLANQUER J.-M. (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, 324 p.

- BENTHAM J., *Panoptique. Mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection et nommément des maisons de force*, Imprimerie nationale, 1791, 56 p., suivi de différents rapports et projets de décrets (circ. 500 p.)
- BENVENISTE É., *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 2 *Pouvoir, Droit, Religion*, Éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1969, 340 p.
- BERGER P. et LUCKMANN T., *La Construction sociale de la réalité* (1966), trad. franç. par TAMINIAUX P. revue par MARTUCCELLI D., Armand Colin, coll. « Individu et Société », 2010, 358 p.
- BERSTEIN S., RÉMOND R. et SIRINELLI J.-F. (dir.), *Les Années Giscard. Institutions et pratiques politiques (1974-1978)*, Actes de la journée d'études organisée par le Centre d'Histoire de l'Europe du vingtième siècle et l'Institut pour la démocratie en Europe le 29 janvier 2002, Fayard, coll. « Nouvelles études contemporaines », 2003, 280 p.
- BERSTEIN S., BIRNBAUM P. et RIOUX J.-P. (dir.), *De Gaulle et les élites*, La Découverte, coll. « Hors collection Sciences Humaines », 2008, 348 p.
- BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État. Essai sur l'élite du pouvoir en France*, Points, coll. « Politique », 2^e éd., 1994, 188 p.
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, trad. franç. par GUÉRET M., Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998, 288 p.
- BONINI F., ORRÙ R. e CIAMMARICONI A. (a cura di), *Il potere neutro : risorse e contraddizioni di una nozione costituzionale*, Giornate di Diritto e Storia costituzionale « Atelier 4 luglio – G.G. Florida », Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 148 p.
- BORELLA F. (dir.), *Le Préfet, 1800-2000, gouverneur, administrateur, animateur*, Presses universitaires de Nancy, coll. « Droit, politique, société », 2000, 192 p.
- BRANCHET B., *La Fonction présidentielle sous la V^e République*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Systèmes Droit », 2008, 220 p.
- BRONDEL S., FOULQUIER N. et HEUSCHLING L. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p.
- BRUNET P., HASEGAWA K. et YAMAMOTO H. (dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, Mare et Martin, 2014, 304 p.
- BONFIGLIO S., *Controfirma ministeriale e responsabilità politica nei regimi parlamentari. Il dibattito in Francia e in Italia*, Giuffrè, 1997, 216 p.
- BOURG D. (dir.), *Pour une 6^e République écologique*, Odile Jacob, 2011, 205 p.
- BURDEAU G., *La Démocratie*, Le Seuil, coll. « Politique », 1956, 185 p.

— C —

- CANDAR G., *Histoire politique de la III^e République*, La Découverte, coll. « Repères », 1999, 122 p.
- CAPITANT R., *La Réforme du Parlementarisme*, Sirey, 1934, 34 p., rééd. in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, textes réunis et présentés par O. BEAUD, Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p. 326-342
- CAPITANT R., *Écrits constitutionnels*, textes réunis par J.-P. MORELOU, préf. de M. WALINE, CNRS, 1982, 485 p.
- CAPITANT R., *Écrits d'entre-deux-guerres*, textes réunis et présentés par O. BEAUD, Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, 580 p.
- CARCASSONNE G., *La Constitution*, Seuil, coll. « Points essais », 2009, 477 p.
- CARRÉ DE MALBERG R., *La Loi, expression de la volonté générale*, Economica, coll. « Classiques », 1984, 228 p.
- CARTER S. L., *The Confirmation mess : cleaning up the federal appointments process*, Basic Books, 1994, 252 p.
- CASTAGNEZ N. et MORIN G. (dir.), *Pierre Bérégovoy en politique*, L'Harmattan, coll. « Cliopolis », 2013, 237 p.
- CAVINO M., *L'Irresponsabilità del capo dello stato : nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Giuffrè Editore, 2008, 318 p.
- CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres. Les hauts fonctionnaires, XVIII^e-XX^e siècle*, Fayard, 1991, 399 p.
- CHATEAUBRIAND F.-R. (DE), *De la monarchie selon la Charte*, Imprimerie de Le Normant, 1816, 206 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)
- CHATELAIN J., *La Nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, Berger-Levrault, coll. « Institutions politiques d'aujourd'hui », 1959, 482 p.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Droit et société », 3^e éd., 2008, 266 p.
- CHIARADIA É., *L'Entourage du général de Gaulle. Juin 1958-avril 1969*, Éditions publibook Université, coll. « Sciences humaines et sociales. Histoire », 2011, 821 p.
- CLASTRES P., *La Société contre l'État. Recherche d'anthropologie politique*, Éditions de Minuit, 1974, rééd. électronique 2011, coll. « Reprise », 202 p.
- COHEN S., *Les Conseillers du président. De Charles de Gaulle à Valéry Giscard d'Estaing*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1980, 199 p.

- COHEN S., *La Défaite des généraux. Le pouvoir politique et l'armée sous la V^e République*, Fayard, 1994, 276 p.
- COHENDET M.-A., *Le Président de la République*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2012, 187 p.
- COHENDET M.-A. et LUCARELLI A. (dir.), *L'Équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir*, Actes du colloque franco-italien, organisé le 7 novembre 2014 par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II, à paraître.
- COINET J.-P. *et alii*, *Un politique : Georges Pompidou*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2001, 442 p.
- COLAS D., *Textes constitutionnels français et étrangers*, Larousse, 1994, 813 p.
- COLLECTIF, *De Gaulle et ses premiers ministres*, Plon, coll. « Espoir », 1990, 302 p.
- COLLECTIF, *De Gaulle et le Rassemblement du peuple français. 1947-1955*, Actes du colloque organisé par la Fondation Charles de Gaulle et le CARHC de l'Université Bordeaux III les 12-14 novembre 1997, Armand Colin, 1998, 864 p.
- COLLECTIF, *L'Avènement de la V^e République. Entre nouveauté et tradition*, Actes du colloque organisé par la Fondation Charles de Gaulle, les Archives de France et l'Université de Reims Champagne-Ardenne les 5-6 octobre 1998, Armand Colin, 1999, 448 p.
- COLLECTIF, *Charles de Gaulle, 1920-1940. Du militaire au politique*, Actes du colloque organisé par la Fondation Charles de Gaulle les 28-29 novembre 2002, Plon, 2004, 479 p.
- COLLECTIF, *Le Nouveau règlement de l'Assemblée nationale*, Actes de la journée d'études du Centre de recherches en droit constitutionnel de l'Université Paris I tenue à l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2010, Imprimerie nationale, 2010, 198 p.
- COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1 (Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958), La Documentation française, 1987, 614 p.
- COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2 (Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958), La Documentation française, 1988, 787 p.
- COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3 (Du Conseil d'État au référendum, 20 août-28 septembre 1958), La Documentation française, 1991, 377 p.
- COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration*

- de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 4 (Commentaires sur la Constitution, 1958-1959), La Documentation française, 2001, 403 p.
- COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 1 (4 octobre 1958-30 novembre 1958), La Documentation française, 2008, 838 p.
- COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 2 (1^{er} décembre 1958-7 janvier 1959), La Documentation française, 2008, 779 p.
- COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 3 (8 janvier 1959-27 avril 1959), La Documentation française, 2010, 928 p.
- COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 4 (28 avril 1959-31 juillet 1959), La Documentation française, 2010, 1006 p.
- COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la V^e République*, vol. 5 (Témoignages [1958-1995]), La Documentation française, 2011, 524 p.
- CONDETTE J.-F. et LEGOHÉREL H. (dir.), *Le Recteur d'académie. Deux cents ans d'Histoire*, Cujas, 2008, 316 p.
- CONSTANT B., *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle* (1814), essentiellement constitué de son *Esquisse de Constitution*, H. Nicolle, 1814, 186 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)
- CONSTANT B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France* (1815), A. Eymery, 1815, 330 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)
- CONSTANT B., *De la responsabilité des ministres* (1815), H. Nicolle, 1815, 100 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)
- CONSTANT B., *Cours de politique constitutionnelle ou Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif* (1818-1820), Guillaumin et Cie., 2^e éd., 1872, 642 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://gallica.bnf.fr/>)
- CONSTANT B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une Constitution républicaine dans un grand pays* (circ. 1795), Aubier, coll. « Bibliothèque philosophique », 1991, 506 p.
- COTTERET J.-M. et MOREAU R., *Le Vocabulaire du général de Gaulle*, Armand Colin et Fondation nationale des sciences politiques, coll. « Travaux et recherches de science politique », 1969, 247 p.

— D —

DABIN J., *Le Droit subjectif*, Dalloz, 1952, 313 p.

DAGNAUD M. et MEHL D., *L'Élite rose*, Ramsay, coll. « L'Épreuve des faits », 1982, 370 p.

DECAUMONT F. (dir.), *Le Discours de Bayeux (16 juin 1946) : hier et aujourd'hui*, Actes du colloque organisé par la Fondation Charles de Gaulle et l'Association française des constitutionnalistes, 15 juin 1990, Economica-PUAM, 252 p.

DELCAMP A. *et alii* (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Actes du colloque de l'AFDC, 4 décembre 2009, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, 154 p.

DELVOLVÉ P., *L'Acte administratif*, Sirey, 1983, 294 p.

DESCHEEMAEKER C., *La Cour des comptes*, La Documentation française, coll. « Les études de La Documentation française », 2005, 205 p.

DE WAELE J.-M. et MAGNETTE P. (dir.), *Les Démocraties européennes*, Armand Colin, coll. « U. Science politique », 2^e éd., 2010, 461 p.

DOCKÈS E., *Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2005, 183 p.

DONNEDIEU DE VABRES J., *L'État*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1957 [cop. 1954], 127 p.

DOSIÈRE R., *L'Argent caché de l'Élysée*, Seuil, 2007, 177 p.

DRAGO G., FRANÇOIS B. et MOLFESSIS N. (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, 415 p.

DUEZ P., *Les Actes de Gouvernement*, Sirey, 1935, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, 215 p.

DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, 774 p.

DUHAMEL O., *Le Quinquennat*, Presses de Sciences Po, coll. « La Bibliothèque du citoyen », 2008, 142 p.

DUPUIS G., *Recherche sur le régime juridique de l'acte administratif unilatéral. Cours de doctorat*, Université Paris I, Centre de photocopie, 1972-1973, 98 p.

DURKHEIM É., *Les Règles de la méthode sociologique* (1894), éd. électronique réalisée à partir de la 16^e éd. (149 p.), PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1967, 80 p. (Disponible en ligne via l'URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/regles_methode/regles_methode.html)

DUVERGER M., *La VI^e République et le régime présidentiel*, Librairie Arthème Fayard, 1961, 141 p.

DUVERGER M., *La Monarchie républicaine*, Robert Laffont, coll. « Libertés 2000 », 1974, 284 p.

DUVERGER M., *Bréviaire de la cohabitation*, PUF, 1986, 150 p.

DUVERGER M., *Les Régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986, 367 p.

— E/F/G —

EISENMANN C., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2002, 668 p.

ESPOSITO C., *Capo dello Stato. Controfirma ministeriale*, Giuffrè, 1962, 94 p.

ESPUGLAS P. et ROUSSILLON H., *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « connaissance du Droit », 7^e éd., 2011, 220 p.

FAVOREU L. et MASTOR W., *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Connaissance du Droit », 2011, 161 p.

FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L. et VIDAL-NAQUET A. (dir.), *L'Efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Actes du colloque organisé par l'Institut Louis Favoreu et l'UMR CNRS 6201 à Aix-en-Provence les 5 et 6 novembre 2010, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 352 p.

FONTAINE L., *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso éditions, coll. « Forum », 2012, 194 p.

FORTIER C. (dir.), *Le Statut général des fonctionnaires : trente ans et après ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, 364 p.

FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard-NRF, coll. « Bibliothèque des histoires », 1979, 318 p.

FOURNIER A.-X., *La Dynamique du pouvoir sous la V^e République. Cohabitation et avenir des institutions*, Presses de l'Université du Québec, 2008, 160 p.

FOYER J., LEBRETON G. et PUIGELIER C. (dir.), *L'Autorité*, PUF, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », 2008, 344 p.

FRANÇOIS B., *Le Régime politique de la V^e République*, La Découverte, coll. « Repères », 5^e éd., 2011, 128 p.

FUSARO C., *Le Radici del semi-presidenzialismo. Viaggio alle origini di un modello cui si guarda in Italia*, Soveria Mannelli, 1998, 406 p.

GALEOTTI S., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantista del Capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Giuffrè Editore, 1992, 318 p.

GARAPON A. et PERDRIOLLE S., *Quelle autorité ? Une figure à géométrie variable*, Autrement, coll. « Mutations », n°198, 2000, 159 p.

GERHARDT M. J., *The Federal appointments process. A constitutional and historical analysis*, Duke University Press, 2003, 406 p.

GICQUEL J. et alii (dir.), *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspective de la réforme de 2008*. Actes de la journée d'étude du 13 janvier 2011 par l'Association Française de droit Constitutionnel (AFDC), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, 202 p.

GORDON E., *Les Nouvelles constitutions européennes et le rôle du chef de l'État*, Sirey, 1931, 436 p.

GUISNEL J., *Les Généraux. Enquête sur le pouvoir militaire en France*, La Découverte, coll. « Enquêtes », 1990, 309 p.

— H/I/J —

HALIMI S., *Les Nouveaux chiens de garde*, Raisons d'agir éditions, 2005, 155 p.

HART H.L.A., *Le Concept de droit*, trad. franç. par VAN DE KERCHOVE M., Facultés universitaires Saint Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis », 1976, 314 p.

HAURIOU M., *Écrits sociologiques*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 476 p.

JAN P. (dir.), *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, coll. « Les études de la Documentation française », 2008, 238 p.

JAN P., *Le Président de la République au centre du pouvoir*, La Documentation française, coll. « Études », 2011, 213 p.

— K/L —

KELSEN H., *La Démocratie : sa nature, sa valeur*, trad. franç. par EISENMANN C., Dalloz, 2^e éd., 1932, rééd. 2004, 121 p.

KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (1945), trad. franç. par LAROCHE B. et FAURE V., Bruylant-LGDJ, 1997, 517 p.

KELSEN H., *Théorie pure du droit* (1960), trad. franç. par EISENMANN C., Bruylant-LGDJ,

2^e éd., 1999, 367 p.

KELSEN H., *Théorie générale des normes*, trad. franç. par BEAUD O. et MALKANI F., Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1979, rééd. 1996, 604 p.

KESSLER M.-C., *Les Grands Corps de l'État*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986, 344 p.

KESSLER M.-C., *Les Ambassadeurs*, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 2012, 416 p.

KINGSTON DE LEUSSE M., *Diplomate. Une sociologie des ambassadeurs*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2004, 230 p.

KLEIBER G., *L'Article LE générique. La Généricité sur le mode massif*, Librairie Droz, 1990, 172 p.

LABBÉ D., *Le Vocabulaire de François Mitterrand*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1990, 326 p.

LACHAISE B., AUDIGIER F. et LAURENT S. (dir.), *Les Gaullistes. Hommes et réseaux*, Nouveau Monde, 2013, 608 p.

LACOUTURE J., *Paroles de Présidents*, Dalloz, coll. « À savoir », 2^e éd., 2011, 168 p.

LANGROD G. (dir.), *La Consultation dans l'administration contemporaine*, Cujas, 1972, 971 p.

LARCAN A. et OULMONT Ph. (dir.), *Charles de Gaulle et la justice*, Actes du colloque organisé par la Fondation et l'Institut Charles de Gaulle les 29 et 30 novembre 2001, Cujas, 2003, 319 p.

LAUVAUX Ph., *Le Parlementarisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1997, 128 p.

LAVROFF D.-G. (dir.), *La Politique africaine du général de Gaulle (1958-1969)*, Actes du Colloque organisé par le Centre bordelais d'études africaines, le Centre d'étude d'Afrique noire et l'Institut Charles-de-Gaulle les 19 et 20 octobre 1979, Pedone, 1980, 421 p.

LENTZ T. (dir.) *Quand Napoléon inventait la France. Dictionnaire des institutions politiques, administratives et de cour du Consulat et de l'Empire*, Tallandier, coll. « Bibliothèque napoléonienne », 2008, 768 p.

LE POURHIET A.-M., (dir.), *La Désignation du chef de l'État. Regards croisés dans le temps et l'espace*, Fondation Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2012, 224 p.

LUCHAIRE F. et CONAC G. (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 1^e éd., 1980, 1029 p.

LUCHAIRE F. et CONAC G. (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica,

2^e éd., 1987, 1402 p.

LUCHAIRE F. et CONAC G. (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 3^e éd., 2008, 2130 p.

— M —

MARCOU G., *L'Accès aux emplois publics*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Systèmes. Pratique », 2014, 229 p.

MASSOT J., *L'Arbitre et le capitaine. La responsabilité présidentielle*, Flammarion, 1987, 319 p.

MASSOT J., *Chef de l'État et chef du Gouvernement. Dyarchie et hiérarchie*, La Documentation française, coll. « Les études de La Documentation française », 2008, 225 p.

MATHIEU B. (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, 802 p.

MATHIEU B. et VERPEAUX M. (dir.), *Les Lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, 119 p.

MAUS D. et PASSELECQ O. (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958. Autour de Raymond Janot*, La Documentation française, coll. « Les cahiers constitutionnels de Paris I », 1997, 118 p.

MAUS D., *Le Parlement sous la V^e République*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1988, 128 p.

MAYAFFRE D., *Le Discours présidentiel sous la V^e République. Chirac, Mitterrand, Giscard, Pompidou, de Gaulle*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2012, 384 p.

MAYAFFRE D., *Nicolas Sarkozy. Mesure et démesure du discours. 2007-2012*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2012, 368 p.

MBONGO P. (dir.), *La Séparation entre Administration et politique en droits français et étrangers*, Berger Levrault, 2014, 287 p.

MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'Interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, 248 p.

MÉNAGER B. (dir.), *Guy Mollet : un camarade en République*, Presses Universitaires de Lille, 1987, 632 p.

MIRKINE-GUETZÉVITCH B., *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Delagrave, 1928, 413 p.

MONOD J.-C., *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? Politiques du charisme*, Seuil, coll. « l'ordre philosophique », 2012, 310 p.

MONTESQUIEU, Charles DE SECONDAT, Baron DE MONTESQUIEU (dit), *De l'esprit des lois*,

Firmin Didot, 1864, 612 p.

MORABITO M., *Le Chef de l'État en France*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2^e éd., 1996, 160 p.

— P/R —

PFERSMANN O. et TIMSIT G., *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, Travaux de l'école doctorale de droit public et de droit fiscal, 2001, 190 p.

POPPER K. R., *Logique de la découverte scientifique*, trad. franç. par THYSSEN-RUTTEN N. et DEVAUX Ph., Payot, 1990, 480 p.

POPPER K. R., *À la recherche d'un monde meilleur*, trad. franç. par EVARD J.-L., Les belles lettres, coll. « Le goût des idées », 2011, 314 p.

PRÉLOT M., *Pour comprendre la nouvelle Constitution*, Le Centurion, coll. « Le poids du jour », 1958, 191 p.

PY R., *Le Secrétariat général du Gouvernement*, La Documentation française, 1985, 128 p.

RIALS S., *La Présidence de la République*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^e éd., 1981, 126 p.

ROLLA G., *Il sistema costituzionale italiano*, Giuffrè Editore, 2010, 518 p.

ROSANVALLON P., *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, coll. « Les Livres du nouveau monde », 2008, 367 p.

ROUBAN L., *Les Énarques en cabinets 1984-1996*, Cahiers du CEVIPOF, n°17, CEVIPOF, juin 1997, 88 p.

ROUBAN L., *Les Préfets de la République 1870-1997*, Cahiers du CEVIPOF, n°26, CEVIPOF, 2000, 109 p.

ROUBAN L., *L'Inspection générale des Finances 1958-2000 : quarante ans de pantouflage*, Cahiers du CEVIPOF, n°31, CEVIPOF, juin 2002, 155 p.

ROUBAN L., *Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps*, Cahiers du CEVIPOF, n°49, CEVIPOF, 2008, 118 p.

ROUSSEAU D. (dir.), *La Démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995, 165 p.

ROUSSO H., *Le Régime de Vichy*, 2^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012, 128 p.

RUDELLE O., *Mai 1958. De Gaulle et la République*, Plon, 1988, 317 p.

— S à Z —

SCHNAPPER D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. « nrf essais »,

- 2010, 452 p.
- SCHWARZE J., *Droit administratif européen*, Bruylant, coll. « Droit administratif », 2^e éd., 2009, 1662 p.
- SILVERSTEIN M., *Judicious choices. The politics of supreme court nomination*, Norton, 2^e éd., 2007, 246 p.
- SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *La Responsabilité du chef de l'État*, Actes de la 2^e Journée d'étude du groupe de droit constitutionnel de la Société de législation comparée, 27 mars 2009, Paris, Société de Législation comparée, coll. « Colloques », 2009, 197 p.
- SPINOZA B., *Éthique*, trad. franç. par APPUHN C. (444 p.), in *Spinoza ou la joie du sage (œuvres)*, Flammarion, coll. « Le Monde de la Philosophie », 2008, 951 p.
- STIRN B., *Les Sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, coll. « Systèmes », 7^e éd., 2011, 213 p.
- SULEIMAN E., *Les Hauts fonctionnaires et la politique*, trad. franç. par MEUSY M., Seuil, coll. « Sociologie politique », 1976, 238 p.
- SULEIMAN E. et MENDRAS H. (dir.), *Le Recrutement des élites en Europe*, La Découverte, coll. « Recherches », 1995, 264 p.
- THOMASSET C. et BOURCIER D. (dir.), *Interpréter le droit : le sens, l'interprète, la machine*, Bruylant, 1997, 505 p.
- TOCQUEVILLE A. (DE), *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Garnier-Flammarion, 1981, 569 p.
- TOCQUEVILLE A. (DE), *De la démocratie en Amérique*, t. 2, Garnier-Flammarion, 1981, 414 p.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, 358 p.
- TROPER M. et CHAMPEIL-DESPLATS V. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, coll. « La Pensée juridique », 2005, 203 p.
- TROPER M., *La Philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 123 p.
- TÜRK P., *Le Contrôle parlementaire en France*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Systèmes droit », 2011, 256 p.
- VIALA A. (dir.), *La Démocratie : mais qu'en disent les juristes? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, CERCOP, Montpellier, 24 et 25 mai 2012, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Les Grands colloques », 2014, 275 p.
- VIDELIN J.-C., *Droit public de la défense nationale*, Bruylant, 2009, 309 p.
- WEBER M., *Le Savant et le politique*, trad. franç. par FREUND J., 10/18, 2009, 222 p.

WEBER Y., *L'Administration consultative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit public », 1968, 326 p.

WINOCK M., *L'Agonie de la IV^e République*, Gallimard, coll. « Folio Histoire », 2006, 196 p.

YVERT B., *La Restauration. Les idées et les hommes*, CNRS, 2013, 259 p.

I. 5. Autobiographies, biographies & témoignages

— A —

ATTALI J., *Verbatim I, 1981-1986*, Fayard, coll. « Le livre de poche », 2 vol., 1993 et 1995, 1423 p.

ATTALI J., *Verbatim II, 1986-1988*, Fayard, 1995, 518 p.

ATTALI J., *Verbatim III, 1988-1991*, Fayard, 1995, 784 p.

ATTALI J., *C'était François Mitterrand*, Fayard, 2006, 447 p.

— B —

BALLADUR É., *Le pouvoir ne se partage pas. Conversations avec François MITTERRAND*, Fayard, 2009, 436 p.

BARDOUX J., *Journal d'un témoin de la Troisième*, Fayard, 1957, 427 p.

BELIN R., *Lorsqu'une République chasse l'autre (1958-1962). Souvenirs d'un témoin*, Michalon, 1999, 287 p.

BONTE B., *Dans le secret du Conseil des ministres : enquête dans les coulisses du salon Murat, du général de Gaulle à François Hollande*, Les Éditions du Moment, 2013, 285 p.

— C —

CHARBONNEL J., *Edmond Michelet*, Beauchesne, coll. « Politique et chrétiens », 1987, 294 p.

CHIRAC J., *Mémoires*, t. 1 *Chaque pas doit être un but*, NiL, 2009, 505 p.

CHIRAC J., *Mémoires*, t. 2 *Le temps présidentiel*, NiL, 2011, 607 p.

COTTA M., *Cahiers secrets de la V^e République*, t. 1 *1965-1977*, Fayard, 2007, 875 p.

COTTA M., *Cahiers secrets de la V^e République*, t. 2 *1977-1986*, Fayard, 2008, 760 p.

COTTA M., *Cahiers secrets de la V^e République*, t. 3 *1986-1997*, Fayard, 2009, 966 p.

COTTA M., *Cahiers secrets de la V^e République*, t. 4 1997-2007, Fayard, 2011, 1168 p.

— D —

DEBRÉ M., *La République et son pouvoir*, Nagel, 1950, 206 p.

DEBRÉ M., *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 1 *Combattre*, Albin Michel, 1984, 480 p.

DEBRÉ M., *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 2 *Agir, 1946-1958 : dix ans d'opposition, le retour du Général de Gaulle, une nouvelle Constitution*, Albin Michel, 1988, 460 p.

DEBRÉ M., *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 3 *Gouverner, 1958-1962*, Albin Michel, 1988, 478 p.

DEBRÉ M., *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 4 *Gouverner autrement 1962-1970*, Albin Michel, 1993, 396 p.

DEBRÉ M., *Trois Républiques pour une France, Mémoires*, t. 5 *Combattre toujours 1969-1993*, Albin Michel, 1994, 331 p.

DE GAULLE C., *Discours et messages*, t. 1 *Pendant la Guerre (juin 1940 – janvier 1946)*, Plon, 1970, 677 p.

DE GAULLE C., *Discours et messages*, t. 2 *Dans l'attente (février 1946 – avril 1958)*, Plon, 1970, 662 p.

DE GAULLE C., *Discours et messages*, t. 3 *Avec le renouveau (mai 1958 – juillet 1962)*, Plon, 1970, 443 p.

DE GAULLE C., *Discours et messages*, t. 4 *Pour l'effort (août 1962 – Décembre 1965)*, Plon, 1970, 457 p.

DE GAULLE C., *Discours et messages*, t. 5 *Vers le terme (janvier 1966 – avril 1969)*, Plon, 1970, 418 p.

DE GAULLE C., *Mémoires d'espoir*, t. 1 *Le renouveau (1958 – 1962)*, Plon, 1970, 315 p.

DE GAULLE C., *Mémoires d'espoir*, t. 2 *L'effort (1962 – ...)*, Plon, 1971, 224 p.

— F à T —

FOURNIER J., *Itinéraire d'un fonctionnaire engagé*, Dalloz, 2008, 550 p.

GISCARD D'ESTAING V., *Le Pouvoir et la vie*, t. 1, Compagnie 12, 1988, 403 p.

GISCARD D'ESTAING V., *Le Pouvoir et la vie*, t. 2 *L'affrontement*, Compagnie 12, 1991, 486 p.

- GISCARD D'ESTAING V., *Le Pouvoir et la vie*, t. 3 *Choisir*, Compagnie 12, 2006, 554 p.
- JOSPIN L., *Le temps de répondre (Entretiens avec A. DUHAMEL)*, Stock, 2002, 284 p.
- JOSPIN L., *Lionel raconte Jospin. Le sens d'une vie (Entretiens avec P. FAVIER et P. ROTMAN)*, Seuil, coll. « Points », 2010, 318 p.
- LANG J., *Le Choix de Versailles. Témoignage sur la révision de notre Constitution*, Calmann-Lévy, 2009, 208 p.
- MITTERRAND F., *Le Coup d'État permanent*, Plon, coll. « Les débats de notre temps », 283 p.
- POMPIDOU G., *Le Nœud gordien*, Plon, 1974, 205 p.
- SCHRAMECK O., *Matignon Rive gauche. 1997-2001*, Seuil, 2001, 190 p.
- TRICOT B., *Les Sentiers de la paix*, Plon, 1972, 445 p.
- TRICOT B., *Mémoires*, Quai Voltaire, 1994, 502 p.
- VALANCE G., *VGE : Une vie*, Flammarion, 2011, 618 p.

II. Articles & chapitres d'ouvrages

— A —

- ABLARD T., « Le statut pénal du chef de l'État », *RFDC*, n°51, 2002, p. 637-661
- ACKERL I., « Le régime autoritaire en Autriche de 1933 à 1938 », in F. KREISSLER (coord.), *Austriaca, numéro spécial - Autriche 1867-1938 : itinéraire politique et social*, 1988, p. 95-102
- ALBERTINI P., « Grade, emploi, fonction : séparation et correspondance », *Rev. adm.*, n°206, 1982, p. 143-152
- ALLORANT P., « Les juristes gaullistes », in B. LACHAISE, F. AUDIGIER et S. LAURENT (dir.), *Les Gaullistes. Hommes et réseaux*, Nouveau Monde, 2013, p. 317-330
- AMORIM NETO O. and COSTA LOBO M., « Portugal's semi-presidentialism (re)considered : An assessment of the president's role in the policy process, 1976–2006 », *European Journal of Political Research*, n°48, 2009, p. 234-255
- AMSELEK P., « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le Rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 33-66 (également publié dans la *RRJ*, n°1, 1999, p. 37-59 et diffusé en ligne par l'auteur : http://www.paul-amselek.com/textes/role_volonte.pdf)

- ARDANT Ph., « Les réactions à la politisation de la fonction publique », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 49-59
- ARDANT Ph., « L'article 5 et la fonction présidentielle », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 37-62
- ARDANT Ph. et DUHAMEL O., « La dyarchie », *Pouvoirs*, n°91, 1999, p. 5-24
- ARDANT Ph., « Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres », *RID Comp.*, vol. 54/2, 2002, p. 465-485
- AROMATORIO S., « La dérive des institutions vers un régime présidentiel », *RDP*, 2007, p. 731-746
- AUBY J-M, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », *AJDA*, 1956, p. 53-67
- AUBY J.-B. et MELLERAY F., « Contentieux administratif », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. n°1001, 2008
- AUBY J.-B., « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RF adm. publ.*, n°137-138, 2011, p. 13-19
- AUTIN J.-L., « Le statut du Défenseur des droits », *RF adm. publ.*, n°139, 2011, p. 421-431
- AUVRET P., « La faculté d'empêcher du président de la République », *RDP*, 1986, p. 141-168
- AVRIL P., « Les décrets réglementaires du président de la République non délibérés en Conseil des ministres », *AJDA*, 1976, p. 116-121
- AVRIL P., « Pouvoir et responsabilité », *Mélanges Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 9-23
- AVRIL P., « Le piano mécanique », in *Itinéraires. Mélanges en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 13-18
- AVRIL P., « Les chefs de l'État et la notion de majorité présidentielle », *RF sc. pol.*, n°4-5, 1984, p. 752-765
- AVRIL P., « L'Assemblée d'aujourd'hui », *Pouvoirs*, n°34, 1985, p. 5-12
- AVRIL P., « Une revanche du Droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n°49, 1989, p. 5-13
- AVRIL P. et GICQUEL J., « La IV^e entre deux Républiques », *Pouvoirs*, n°76, 1996, p. 27-43
- AVRIL P., « Diriger le Gouvernement », *Pouvoirs*, n°83, 1997, p. 31-40
- AVRIL P., « Responsabilité et *accountability* », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 85-93

AVRIL P., « Le président de la République, représentant de la nation », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, p. 31-41

AVRIL P., « Un nouveau droit parlementaire ? », *RDP*, 2010, p. 121-134

AZIMI V., « La féminisation des administrations françaises : grandes étapes et historiographie (XVIII^e siècle - 1945) », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 11-38

— B —

BAECQUE F. (DE), « Les fonctionnaires à l'assaut du pouvoir politique ? », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 61-80

BAGHESTANI L., « À propos des lois du 23 juillet 2010 relatives à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », *LPA*, 9 février 2011, n°28, p. 3-4

BALDASSARRE A., « Il Capo dello Stato », in G. AMATO et A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, t. 2, Il Mulino, 1999

BANCAUD A., « La haute magistrature sous Vichy », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, vol. 49, 1996, p. 45-62

BARANGER D., « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n°3, 2009, 20 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html>)

BARBÉ V., « Les derniers blocages de la réforme de la Chambre des Lords », *Constitutions*, 2013, p. 44-46

BARDOS F., « Les fonctionnaires et le pouvoir politique », *Pouvoirs*, n°20, 1981, p. 101-114

BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Le modèle européen de démocratie parlementaire serait-il gouvernemental ? », *RDP*, 2009, p. 877-892

BAUER M. et BERTIN-MOUROT B., « Le recrutement des élites économiques en France et en Allemagne », in E. SULEIMAN et H. MENDRAS (dir.), *Le Recrutement des élites en Europe*, La Découverte, coll. « Recherches », 1995, p. 91-112

BAUME S., « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 17-27

BEAUD O., « Le souverain », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 33-45

BEAUD O., « La mise en œuvre de la responsabilité politique du président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de loi organique prévue par l'article 68 ? », in SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *La Responsabilité du chef de l'État*, Société de Législation comparée, coll. « Colloques », 2009, p. 149-184

BEAUD O., « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°9, 2013, 42 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-et-le.html>)

- BEAUVOIS Y., « Léon Noël, un dirigeant du RPF. Entre hiérarques et base », in COLLECTIF, *De Gaulle et le Rassemblement du peuple français. 1947-1955*, Armand Colin, p. 119-125
- BELLOUBET N., « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 33-50
- BELRHALI-BERNARD H., « Les avis conformes du Conseil d'État », *AJDA*, 2008, p. 1181-1187
- BENETTI J. et SUTTER G., « Le parlementarisme après la révision constitutionnelle de 2008 : tout changer pour ne rien changer ? », *Politeia*, n°15, 2009, p. 367-386
- BENETTI J., « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime. Réflexions sur le régime parlementaire de la V^e République », *LPA*, n°138, 2008, p. 20-25
- BENETTI J., « Les spécificités de la procédure d'adoption des lois organiques », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Les Lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 5-13
- BENETTI J., « L'avis du Parlement, le choix du Prince. À propos du contrôle parlementaire sur les nominations présidentielles à certains emplois et fonctions », in *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2014, p. 351-362
- BERGOUGNOUS G., « La normalisation de la fonction présidentielle est-elle possible ? Réflexions sur une exception française », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 26-42
- BERLIA G., « Le président de la République dans la Constitution de 1958 », *RDP*, 1959, p. 71-86
- BEZES Ph., « Les rationalités politiques dans la réforme de l'État : le cas de la V^e République », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, n°56-4 bis, 2009, p. 54-74
- BÉZIN G. (DE), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 290-351
- BIENVENU J.-J., « Actes juridiques et classification », *Droits*, n°7, 1988, p. 21-27
- BIN R., « Il Presidente Napolitano e la topologia delle forma di governo », *Quaderni costituzionali*, n°1, 2013, p. 7-19. (Disponible en ligne : http://www.robortobin.it/ARTICOLI/Presidenza_Napolitano.pdf)
- BINCZAK P., « Actes de Gouvernement », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2006, mis à jour en 2014
- BINDER S. A. and MALTZMAN F., « Senatorial delay in confirming federal judges (1947-1998) », *American Journal of Political Science*, vol. 46, 2002, p. 190-199
- BIRNBAUM P. et BADIE B., « L'autonomie des institutions politico-administratives », suivi

- d'une note critique par J.-L. BODIGUEL et d'une réponse par les auteurs, *RF sc. pol.*, n°2, 1976, p. 286-322
- BIRNBAUM P., « Sur les origines de la domination politique : à propos d'Étienne de La Boétie et de Pierre Clastres », *RF sc. pol.*, n°1, 1977, p. 5-21
- BLANQUER J.-M. et GUETTIER C., « Valéry Giscard d'Estaing (Entretien) », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p. 1265-1274
- BLANQUER J.-M., « Pierre Messmer (Entretien) », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p. 1275-1285
- BLANQUER J.-M. et GUETTIER C., « Michel Rocard (Entretien) », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p. 1286-1293
- BLANQUER J.-M. et GUETTIER C., « Alain Juppé (Entretien) », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p. 1294-1302
- BLANQUER J.-M., « Les mutations du contreseing », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 235-244
- BOLTANSKI L., « L'espace positionnel : multiplicité des positions institutionnelles et habitus de classe », *Revue française de sociologie*, janvier-mars 1973, p. 3-26
- BONINI F., « La V^e Repubblica nella storia costituzionale francese : il concetto di *Pouvoir d'État* », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n°1, 1992, p. 191-228
- BONNARD R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363-392
- BONNARD R., « La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français », *Revista de Drept Public*, 1930, p. 1-18
- BORDES J., « Le tirage au sort, principe de la démocratie athénienne », *Ethnologie française*, vol. 17, n°2-3, avril 1987, p. 145-150
- BORELLA F., « Deux siècles d'institution préfectorale », in BORELLA F. (dir.), *Le Préfet, 1800-2000, gouverneur, administrateur, animateur*, Presses universitaires de Nancy, coll. « Droit, politique, société », 2000, p. 13-25
- BOUR J., « Louis Jacquinet, un notable plutôt qu'un homme de parti », in B. LACHAISE, F. AUDIGIER et S. LAURENT (dir.), *Les Gaullistes. Hommes et réseaux*, Nouveau Monde, 2013, p. 143-154
- BOURDIEU P., « La situation d'enquête et ses effets », extrait de P. BOURDIEU (dir.), *La misère du Monde*, Seuil, coll. « Points », 1993, extrait choisi et présenté par B. DANTIER
- BOUVIER M., « La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État », *AJDA*, 2008, p. 329-333

BREEN E., « Le doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *RFDA*, n°2, 2002, p. 232-243

BREEN E., « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA*, n°6, 2003, p. 1159-1174

BRUNET P., « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 328, 2002, p. 27-45

BRUNET P., « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 5-19

BRUNET P., « La démocratie, entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », suivi de la réponse de D. ROUSSEAU, *La Vie des idées*, paru en ligne le 9 octobre 2008

BRUNET P. et LE PILLOUER A., « Pour en finir avec l'élection présidentielle », *La Vie des idées*, paru en ligne le 4 octobre 2011

BRUNET P., « Des causes et des effets de l'élection présidentielle au suffrage universel direct », in P. BRUNET, K. HASEGAWA et H. YAMAMOTO (dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, Mare et Martin, 2014, p. 143-165

BRUNET P., « Le "positivisme" français dans la lumière du nord. Le réalisme juridique scandinave et la doctrine française », *Revus*, n°24, 2014, p. 187-208

BRUNON-ERNST A., « Les métamorphoses panoptiques : de Foucault à Bentham », *Cahiers critiques de philosophie*, n°4, 2007, p. 60-71

BURDEAU G., « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *RF sc. pol.*, n°1, année IX, 1959, p. 87-100

— C —

CAFARELLI F. et IDOUX P., « Contentieux des concours de la fonction publique », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 1138-10, 2011, mis à jour en 2014

CAILLE P.-O., « Président de la République », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 100, 2014, mis à jour en 2015

CAILLETEAU F. et BONNARDOT G., « Le recrutement des généraux en France, en Grande-Bretagne et en Allemagne », in E. SULEIMAN et H. MENDRAS (dir.), *Le Recrutement des élites en Europe*, *op. cit.*, p. 158-180

CAIRNS J. C., « The Fifth Republic's First Year », *International Journal*, vol. 14/4, 1959, p. 272-282

CAITUCOLI-WIRTH M.-H., « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », *Histoire@Politique*, n°16, 2012, p. 121-139. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)

- CALLON J.-É., « Les idées constitutionnelles de René Capitant (1945-1946) », in COLLECTIF, *De Gaulle et le Rassemblement du peuple français. 1947-1955*, Armand Colin, p. 392-398
- CALVÈS G., « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 29-40
- CAPITANT R., « Le rôle politique du Président du Reich », *Politique*, 1932, rééd. in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, textes réunis et présentés par O. BEAUD, Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p. 393-404
- CAPITANT R., « Régimes parlementaires », in *Mélanges en l'honneur de Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, textes réunis et présentés par O. BEAUD, Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p. 305-323
- CAPITANT R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du Chef de l'État », *Encyclopédie française*, t. 10, 1964 (extraits des pages 143 à 163), in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, textes réunis par J.-P. MORELOU, CNRS, 1982
- CARCASSONNE G., « La souhaitable neutralité », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 89-94
- CARCASSONNE G., « Immuable V^e République », *Pouvoirs*, n°126, 2008, p. 27-35
- CAREY M. P., « Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress », 2012, 28 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://fas.org/sgp/crs/misc/R41872.pdf>)
- CARPENTIER É., « L' "acte de gouvernement" n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006, p. 661-677
- CARPENTIER É., « La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels. Principaux apports d'une étude comparée », *RIDC*, n°4, 2007, p. 805-832
- CARRÉ DE MALBERG N., « Les fonctionnaires (civils) sous Vichy : essai historiographique », *Histoire@Politique*, n°2, 2007. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)
- CASSIA P., « Repenser le statut contentieux du président de la République », *AJDA*, 2012, p. 1-4
- CASTAGNEZ-RUGGIU N. et LÉBOUCHER-SEBBAB A., « Les relations entre le Premier ministre et le président de la République : une question toujours débattue », in J.-P. COINTET *et alii*, *Un politique : Georges Pompidou*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2001, p. 115-138
- CAZELLES R., « Une exigence de l'opinion depuis Saint Louis : la réformation du royaume », *Annuaire-Bulletin de la Société de l'Histoire de France*, 1962-1963, p. 91-99
- CHAGNOLLAUD D., « Du pantouflage ou "la descente du ciel" », *Pouvoirs*, n°80, 1997, p. 77-

- CHANG H.K., « The President versus the Senate : Appointments in the American System of Separated Powers and the Federal Reserve », *Journal of Law, Economics and Organisations*, Oxford University Press, vol.17, n°2, 2001, p. 314-355
- CHARBONNEL J., « Edmond Michelet, garde des Sceaux », in A. LARCAN et Ph. OULMONT (dir.), *Charles de Gaulle et la justice*, Cujas, 2003, p. 123-126
- CHARLES C., « “Héros de la normalité” et circonstances inhabituelles : l’incapacité de Gaston Doumergue à réformer l’État à la suite du 6 février 1934 », *RFDC*, n°64, 2005, p. 685-702
- CHARLOT J., « La V^e République : une mutation politique », *Pouvoirs*, n°4, 1982, p. 107-116
- CHELI E., « Poteri autonomi del capo dello Stato e controfirma ministeriale : l’esperienza italiana », *Quaderni costituzionali*, 1983, p. 361-385
- CHENOT B., « Le ministre, chef d’une administration », *Pouvoirs*, n°36, 1986, p. 79-84
- CHEVALIER Y., « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2006, p. 523-531
- CHEVALLIER J., « La gauche et la haute administration sous la Cinquième République », in CURAPP, *La Haute administration et la politique*, PUF, 1986, p. 9-47
- CHEVALLIER J., « L’évolution du droit administratif », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p. 1794-1809
- CHEVALLIER J., « La reconfiguration de l’administration centrale », *RF adm. publ.*, n°116, 2005, p. 715-725
- CHEVALLIER J., « Le Conseil d’État, au cœur de l’État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 5-17
- CHEVALLIER J., « Les orientations nouvelles des politiques de réforme administrative en France », *Pyramides*, n°19, 2010, p. 15-28
- CHEVALLIER J., « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *RF adm. pub.*, n°139, 2011, p. 433-445
- CHIARADIA É., « L’entourage du général de Gaulle à l’Élysée (8 janvier 1959-28 avril 1969) », *Histoire@Politique*, n°8, 2009, 15 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)
- CLESINGER J., « Pour un bilan de l’administration de 1986 à 1997 », *Rev. adm.*, n°297, 1997, p. 247-252
- CLUZEL-MÉTAYER L., « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *RF adm. pub.*, n°139, 2011, p. 447-460
- COHEN S., « Les hommes de l’Élysée », *Pouvoirs*, n°20, 1981, p. 87-100

- COHEN BELL L., « The Senate's Use of Delay to Shape the Federal Judiciary », *Political Research Quarterly*, vol. 55, n°3, 2002, p. 589-607
- COHENDET M.-A., « Cohabitation et Constitution », *Pouvoirs*, n°91, 1999, p. 33-57
- COHENDET M.-A., « Légitimité, effectivité et validité », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 201-234
- COHENDET M.-A., « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 299-314
- COHENDET M.-A., « Science et conscience. De la neutralité à l'objectivité », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, p. 75-89
- COHENDET M.-A., « Le système de variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 119-134
- COHENDET M.-A., « L'arbitrage du président de la République », *Archives de philosophie du droit*, n°52, 2009, p. 15-55
- COINET J., « Guy Mollet, la SFIO et l'arrivée au pouvoir du général de Gaulle », in B. MÉNAGER (dir.), *Guy Mollet : un camarade en République*, Presses Universitaires de Lille, 1987, p. 335-348
- COLIN J., « Autorités investies du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État », *RPDA*, 1960, p. 81-83
- COLLIARD J.-C., « Un régime hésitant et déséquilibré », *Pouvoirs*, n°4, 1982, p. 119-122
- COLLIARD J.-C., « Que peut le président ? », *Pouvoirs*, n°68, 1994, p. 15-29
- COLLIARD J.-C., « L'élection du Premier ministre et la théorie du régime parlementaire », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 517-531
- CONDETTE J.-F., « Les recteurs d'académie en France de 1809 à 1940 : évolution d'une fonction administrative », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, n°51, 2004, p. 62-93
- CONSOLE-BATTILANA S. et SHEPSLE K.A., « Nominations for Sale », *Journal of Theoretical Politics*, vol. 4, 2009, p. 413-449
- COULIBALY A., « La portée juridique de la signature du président de la République dans la jurisprudence du Conseil d'État », *LPA*, 24 mars 1995, n°36, p. 4-10
- COUTANT P., « La vie de la présidence et des ministères du 16 octobre au 15 décembre 1961. Statuts des militaires et article 16 », *Rev. adm.*, n°82, 1961, p. 410-411

CRABBE V., « Critères de la consultation », in G. LANGROD (dir.), *La Consultation dans l'administration contemporaine*, Cujas, 1972, p. 242-262

CUBERTAFOND B., « Le roman de la V^e République à l'aube du démo-despotisme », *Pouvoirs*, n°104, 2003, p. 159-168

CUBERTAFOND B., « L'interprétation, coup de force issue d'une bataille politique », *Politeia*, n°17, 2010, p. 461-469

— D —

DAGNAUD M. et MEHL D., « L'élite rose confirmée », *Pouvoirs*, n°50, 1989, p.141-152

DAMIEN A., « Le tour extérieur », *Rev. adm.*, n°303, 1998, p. 357-364

DEBRÉ M., « La nouvelle Constitution », *RF sc. pol.*, vol. 9, n°1, 1959, p. 7-29

DEGOFFE M., « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 711-731

DEGUERGUE M., « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », in *Le Droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2007, p. 377-397

DELCAMP A., « La notion de loi organique relative au Sénat : entre affirmation du bicamérisme et parlementarisme "rationalisé" », *RFDC*, n°87, p. 465-498

DELPÉRÉE F., « La fonction du Roi », *Pouvoirs*, n°78, 1996, p. 43-54

DEL VECCHIO G., « La crise de la science du droit », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, t. 121, No. 5/6, mai-juin 1936, p. 320-337

DELVOLVÉ P., « L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 861-870 [S1]

DENNING B. P., « Reforming the new confirmation process : replacing "despise and resent" with "advice and consent" », *Administrative Law Review*, vol. 53, 2001, p. 1-44

DENQUIN J.-M., « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le Droit », *Jus Politicum*, 2008, n°1, 11 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP.Denquin.6.pdf>)

DEROSIER J.-Ph., « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, n°76, 2008, p. 785-795

DEROSIER J.-Ph., « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *RFDC*, n°102, 2015, p. 391-404.

DESMONS E., « L'exécutif sous la V^e République : le président de la République et le Premier ministre en représentation », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998,

p. 1563-1581

DESMONS E., « Le normativisme est une scolastique. Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès », *Droits*, n°32, 2000, p. 21-32

DESMOULINS G., « La recherche de la performance des politiques publiques. De l'illusion à la raison ? », *AJDA*, 2013, p. 894-899

DE VILLIERS M., « La Vème République et le régime semi-présidentiel », *Rev. Adm.*, n°174, 1976, p. 589-600

DIEU F., « La condition d'aptitude physique dans la fonction publique », *AJFP*, 2009, p. 203-210

DONNARUMMA M. R., « Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française », *RFDC*, n°93, 2013, p. 37-66

DOUBLET Y.-M., « Nominations au tour extérieur et "pantouflage" dans la haute fonction publique », *RFDA*, 1995, p. 716-729

DRAGO R., « Le Chef des Armées de la IIème à la Vème République », *Rev. Adm.*, n°292, 1996, p. 377-380

DUBOIS J.-P., « Les ordonnances de 1958-1959 », in COLLECTIF, *L'Avènement de la V^e République. Entre nouveauté et tradition*, Armand Colin, 1999, p. 71-90

DUCAMIN B., « René Cassin inspirateur des réformes du droit », in A. LARCAN et Ph. OULMONT (dir.), *Charles de Gaulle et la justice*, Cujas, 2003, p. 33-41

DUPRÉ DE BOULOIS X., « La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, p. 1791-1823

DUPUIS G., « Les visas apposés sur les actes administratifs », in *Le juge et le Droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 407-413

DUPUIS G., « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 205-213

DUVERGER M., « Esquisse d'une théorie de la représentation politique », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre.*, Sirey, 1956, p. 211-220

DUVERGER M., « Les institutions de la V^e République », *RF sc. pol.*, vol. 9, n°1, 1959, p. 101-134

DUVERGER M., « A New Political System Model : Semi-Presidential Government », *European Journal of Political Research*, n°8, 1980, p. 52-69

DUVERGER M., « Les vaches sacrées », in *Itinéraires. Mélanges en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 639-645

DUVERGER M., « Les monarchies républicaines », *Pouvoirs*, n°78, 1996, p. 107-120

DUVILLIER T., « La politisation du système administratif comme source de pouvoir », *Pyramides*, n°3, numéro spécial : La politisation de l'administration, 2001, p. 101-108

— E/F —

ECK L., « Controverses constitutionnelles et abus de droit », intervention au *Congrès de l'association française de droit constitutionnel (AFDC)*, atelier sur « les controverses constitutionnelles », Montpellier, Juin 2005, 25 p. (Disponible en ligne via l'URL : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes1/ECK.pdf>)

EDEL F., « Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics », *RF adm. pub.*, n°142, 2012, p. 339-367

EDEL F., « Les instruments juridiques de l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois publics : depuis le droit à l'égalité jusqu'aux politiques d'égalité », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 109-135

EISENMANN C., « La théorie des “bases constitutionnelles” du droit administratif », *RDP*, 1972, p. 1345-1442

ÉMERI C., « De l'irresponsabilité présidentielle », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 133-150

FASSIN D., « Décrire. Entretien et observation », in D. FASSIN et Y. JAFFRÉ (dir.), *Sociétés, développement et santé*, Ellipses, Coll. « Médecine tropicale », 1990, p. 87-106

FATIN-ROUGE STÉFANINI M., « La Constitution doit-elle être efficace ? », in FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L. et VIDAL-NAQUET A. (dir.), *L'Efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 209-231

FELDMAN J.-P., « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *RFDC*, n°76, 2008, p. 675-702

FERRARI P., « Essai sur la notion de coauteur d'un acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 215-229

FEUER G., « Le problème des décorations en droit administratif », *Rev. adm.*, n°62, 1958, p. 118-132

FONTAINE L., « La violation de la Constitution : autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis », *RDP*, 2014, p. 1617-1638

FOUCAUD F., « Le secrétaire général de l'Élysée : éclairage sur le présidentielisation du régime », *RDP*, 2010, p. 1027-1054

FOUGÈRE L., « L'impossible neutralité », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 81-88

- FOYER J., « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *Rev. adm.*, n°301, 1998, p. 97-101
- FRANÇOIS B., « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC*, n°1, 1990, p. 49-69
- FRANÇOIS B., « Justice constitutionnelle et "démocratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste contemporain », in J. CHEVALLIER (dir.), *Droit et Politique*, PUF, 1993, p. 53-64
- FRANÇOIS B., « La question de la majorité parlementaire sous la V^e République », *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 319-328
- FRIER P.-L., « Motifs (contrôle des) », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2005, mis à jour en 2014
- FRIER P.-L., « Vice de forme », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2004, mis à jour en 2014
- FRIER P.-L., « Vice de procédure », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2004, mis à jour en 2014
- FRISON-ROCHE F., « Les pouvoirs "périphériques" des présidents d'Europe postcommunisme : symboles ou pouvoirs réels ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n°39, 2008, p. 9-47
- FRISON-ROCHE F., « Dissiper les ambiguïtés. Un Président élu au suffrage universel pour quoi faire ? », *Revue Est Europa*, n°39, 2013, p. 173-176
- FUSTEL DE COULANGES N.-D., « Nouvelles recherches sur le tirage au sort appliqué à la nomination des archontes athéniens », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1878, p. 613-643
- G —
- GAUDEMET Y., « Existe-t-il une "catégorie" d'agents publics contractuels de l'administration ? », *AJDA*, numéro spécial : Problèmes de la fonction publique, 1977, p. 614-618
- GENEVOIS B., « Un faux ami : le principe du parallélisme des compétences », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2007, p. 405-423
- GÉRARD P., « Le recteur d'académie », *AJDA*, 1996, p. 836-855
- GÉRARD P., « Le recteur et son académie », in *L'Art, la gestion et l'État : voyage au cœur de l'action. Mélanges en l'honneur de Pierre Grégory*, Eska, 2013, p. 353-380
- GEORGEL J., « Tableau de la Cinquième République selon la Constitution du 5 octobre 1958 », *Rev. adm.*, n°65, 1958, p. 483-490

- GEORGEL J., « Vingt ans de Cinquième », *Rev. adm.*, n°202, 1981, p. 395-398
- GEORGITSI E., « La spécificité de la V^e République et les classifications : une opposition fausse », *RFDC*, n°83, 2010/3, p. 543-564
- GÉRARD P., « Le recteur d'académie », *AJDA*, 1996, p. 836-855
- GHEVONTIAN R., « La révision de la Constitution et le président de la République : l'hyperprésidentialisation n'a pas eu lieu », *RFDC*, n°77, 2009, p. 119-133
- GIBSON-MORGAN E., « Perspectives de réforme de la Chambre des Lords », *Politeia*, n°17, 2010, p. 599-617
- GICQUEL J., « De la cohabitation », *Pouvoirs*, n°49, 1989, p. 69-79
- GICQUEL J., « Un Président qui gouverne », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, coll. « Études », 2008, p. 65-74
- GICQUEL J., « Variations sur la présidence normale de François Hollande », in *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2014, p. 305-317
- GILLES W., « L'opposition parlementaire : étude de droit comparé », *RDP*, 2006, p. 1347-1386
- GOGUEL F., « L'élaboration des institutions de la République dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RF sc. pol.*, n°1, 1959, p. 67-86
- GOHIN O., « La récente réforme de la Constitution », *RPP*, n°1048, 2009, p. 53-62
- GONOD P., « Le Vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 117-132
- GONOD P., « Retour à la Constitution de l'an VIII ? », *AJDA*, 2011, p. 2313-2315
- GÖRANSSON M., « La responsabilisation des hauts fonctionnaires aux différents niveaux de pouvoir », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°2056-2057, 2010, p. 7-83 (au sujet de la Belgique)
- GOUAUD Ch., « Le Conseil des ministres sous la V^e République », *RDP*, 1988, p. 423-498
- GOUBERT P., « Un problème mondial : la vénalité des offices », *Annales économie, société, civilisation*, vol. 8, n°2, 1953, p. 210-214
- GRANGER M.-A., « Le parlementaire en mission, une survivance ? », in P. MBONGO (dir.), *La Séparation entre Administration et politique en droits français et étrangers*, Berger Levrault, 2014, p. 261-281
- GRISOLIA M. C., « Le esternazioni presidenziali », *Rivista dell'Associazione Italiana dei*

Costituzionalisti, n°1, 2011 (Disponible en ligne via l'URL : <http://www.rivistaaic.it/download/Zw90PvHrInn4BVt6IIkoMDEDQY79-oCckWkTU23hK5w/grisolia.pdf>)

GUETTIER C., « Jean Gicquel (Entretien) », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p.1339-1345

GUETTIER C., « Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p. 1719-1747

GUILLAUME M., « Des cycles constitutionnels et de la VI^e République », *Pouvoirs*, n°65, 1993, p. 111-128

GUILLAUME S., « Les ministres non gaullistes dans les gouvernements de Gaulle et Debré (juin 1958-avril 1962) : techniciens et politiques », *Histoire@Politique*, n°12, septembre-décembre 2010, 12 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)

— H —

HAUUY C. « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la III^e République », *RFDC*, n°93, 2013, p. 67-82

HEUSCHLING L., « “Effectivité”, “efficacité”, “efficience” et “qualité” d’une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in FATIN-ROUGE STÉFANINI M., GAY L. et VIDAL-NAQUET A. (dir.), *L'Efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 27-59

HEUSCHLING L., « De la nécessité d’une démocratie informée par le droit », in A. VIALA (dir.), *La Démocratie : mais qu’en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Les Grands colloques », 2014, p. 31-52

HOEPPFNER H., « Les avis du Conseil d’État », *RFDA*, 2009, p. 895-909

HOFFMANN S., « De Gaulle’s Republic », *Political Science Quarterly*, vol. 75, 1960, p. 554-559

HONDEGHEM A. *et alii*, « Modèles de gestion des compétences en Europe », *RF adm. pub.*, n°116, p. 561-576

HUAULT I. et LECA B., « Pouvoir : une analyse par les institutions », *Revue française de gestion*, n°193, 2009, p. 133-149

HUMMEL J., « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus Politicum*, n°7, 2012 (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.juspoliticum.com/Histoire-et-temporalite.html>)

— J/K —

- JACKSON S. B., « Sémiotique et études critiques du droit », trad. franç. par LANDOWSKI E., *Droit et Société*, n°8, 1998, p. 65-75
- JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RID Comp.*, vol. 57/1, 2005, p. 29-48
- JAN P., « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », *LPA*, 20 juillet 1999, n°143, p. 23-27
- JAN P., « Les oppositions », *Pouvoirs*, n°108, 2004, p. 23-44
- JAN P., « Les illusions constitutionnelles : brèves réflexions sur les révisions constitutionnelles », *LPA*, n°42, 2007, p. 4-9
- JAN P., « Justice, juges et pouvoir », in JAN P. (dir.), *La Constitution de la V^e République. Réflexions pour un cinquantenaire*, La Documentation française, coll. « Études », 2008, p. 153-165
- JAN P., « Les séparations du pouvoir », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 255-264
- JAN P., « À qui profite la réforme (du règlement de l'Assemblée nationale) ? Rapport de synthèse », in COLLECTIF, *Le Nouveau règlement de l'Assemblée nationale*, Imprimerie nationale, 2010, p. 97-106
- JAN P., « La réelle mais fragile prééminence présidentielle sous la V^e République », *LPA*, n°26, 2015, p. 6-14
- JANOT R., « Épisodes peu connus ou inconnus du passage de la IV^e à la V^e République », *Espoir*, n°118, 1999. (Disponible en ligne sur le site de la Fondation Charles DE GAULLE : <http://www.charles-de-gaulle.org/pages/l-homme/dossiers-thematiques/1958-1970-la-ve-republique/1958-le-retour-au-pouvoir/temoignages/episodes-peu-connus-ou-inconnus-du-passage-de-la-ive-a-la-ve-republique.php>)
- JAUME L., « Le groupe de Coppet : pour repenser la modernité et le libéralisme », in L. JAUME (dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du Groupe de Madame de Staël*, Economica et PUAM, 2000, p. 9-12
- JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58-76
- JÈZE G., « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté », *RDP*, 1923, p. 5-22
- JÈZE G., « Contribution à la théorie générale de la fonction publique », *RDP*, 1928, p. 500-516
- JOUANJAN O., « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXIX-121, 2001, p.55-64 (Disponible en ligne via l'URL : <http://ress.revues.org/646>)

- JOZEFOWICZ H., « Un Président engagé : réflexion sur une thématique récente », *Politeia*, n°17, 2010, p. 91-129
- JOZEFOWICZ H., « Le diable gît-il dans les détails ? Le Conseil constitutionnel met fin au long feuilleton du contrôle des nominations présidentielles », *Politeia*, n°17, 2010, p. 413-433
- JURET P.-M., « Les mutations des fonctionnaires », *Rev. adm.*, n°86, 1962, p. 147-151
- KELSEN H., « Causality and imputation », *Ethics*, vol. LXI, n°1, 1950, p. 1-11
- KESLER J.-F., « La création de l'ENA », *Rev. adm.*, n°178, 1977, p. 433-443
- KESLER J.-F., « Les systèmes de sélection et de formation des hauts fonctionnaires » (I), *Rev. adm.*, n°190, 1979, p. 433-443
- KESLER J.-F., « Les systèmes de sélection et de formation des hauts fonctionnaires » (II), *Rev. adm.*, n°191, 1979, p. 553-562
- KESLER J.-F., « La mission Debré, l'Assemblée consultative provisoire et la création de l'ENA », *Rev. adm.*, 1995, p. 28-34
- KESSLER M.-C., « Les grands corps de l'État », *Rev. adm.*, n°231, 1995, p. 221-228
- KOSTADINOV B., « Le statut du président de la République en Croatie (1990-2008) », *Revue d'études politiques et constitutionnelles Est-Européennes*, n°1-2, 2009, p. 19-29
- KOUBI G., « La déférence, un devoir sans droit ? », *Communications*, n°69 La Déférence, 2000, p. 201-214
- KRAKOVITCH R., « Charles de Gaulle et Paul Reynaud », in COLLECTIF, *Charles de Gaulle, 1920-1940. Du militaire au politique*, Plon, 2004, p. 371-380
- KROLIK C., « Le renouveau des commissions parlementaires permanentes ? », *RFDC*, n°98, 2014, p. 345-368
- L —
- LABBÉ C., « Existe-t-il un langage propre à la politique ? », in *Aspects linguistiques du texte politique*, Nouvelles Journées de l'ERLA n°12, 2011, 18 p. (Disponible en ligne sur le site HAL-SHS : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00644646>)
- LABBÉ D., « Les métaphores du général DE GAULLE », *Mots*, n°43, 1995, p. 51-61
- LABBÉ D. et HUBERT P., « La structure du vocabulaire du général de Gaulle », in S. BOLASCO, L. LEBART et A. SALEM, *III Giornate internazionali di Analisi Statistica dei Dati Testuali*, Centro d'Informazione e stampa Universitaria, 1995, tome II, p. 165-176
- LABBÉ D., « La France chez de Gaulle et Mitterrand », in P. FIALA et P. LAFON (dir). *Des mots en liberté. Mélanges en l'honneur de Maurice Tournier*, ENS Éditions, 1998, p. 183-

LABBÉ D. et MONIÈRE D., « Radioscopie de la campagne présidentielle ».

1. La pré-campagne (1^{er} janvier - 4 février), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 16 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00714339/document>)
2. Les mots et les thèmes de la pré-campagne (1^{er} janvier - 11 février 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 48 p. (Disponible en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00714341/document>)
3. L'entrée en scène du président sortant (5-18 février 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 17 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00714872/document>)
4. Sale mec ou gentil garçon ? Portraits croisés des principaux candidats (1^{er} janvier-25 février 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 21 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00714876/document>)
5. Faire campagne contre les autres ? (19 février-3 mars 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 17 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00715619/document>)
6. L'effet Villepinte (4-17 mars 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 26 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00715621/document>)
7. Les attentats de Montauban et de Toulouse : un tournant dans la campagne électorale ? (18-24 mars 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 27 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00717393/document>)
8. La spirale de la négativité (25 mars-7 avril 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 38 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00717453/document>)
9. La course de fond des candidats à l'élection présidentielle (jusqu'au 14 avril 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 23 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00717928/document>)
10. La dernière ligne droite (8-21 avril 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 40 p. (Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00718744/document>)
11. La finale (22 avril-4 mai 2012), note de recherche publiée sur le site HAL-SHS, 26 p. (Disponible en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00718756/document>)

LACHAISE B., « L'entourage de Charles de Gaulle président du GPRF à Paris (25 août 1944-21 janvier 1946) », *Histoire@Politique*, n°8, mai-août 2009, 14 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)

LACHAUME J.-F., « Violation de la règle de droit », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2013, mis à jour en 2015

LAFFAILLE F., « Droit de grâce et pouvoirs propres du chef de l'État en Italie. La forme de gouvernement parlementaire et le "garantisme constitutionnel" à l'épreuve de l'irresponsabilité et de l'autonomie normative présidentielles », *RIDC*, n°4, 2007, p. 761-804

LAFFAILLE F., « Le "présidentialisme parlementaire" sous la III^e République : les "descentes de fauteuil" de Gambetta et d'Herriot », *RFDC*, n°76, 2008, p. 733-760

LAFFAILLE F., « La mutation de la forme de gouvernement parlementaire en Italie : le chef de

- l'état contestable co-législateur ? », *RFDC*, 2012, n°89, p. 11-36
- LAFFITE P., « La vraie Constitution de 1875 », *RDP*, 1895, p. 86-86
- LAMBERT J., « La transposition du régime présidentiel hors des États-Unis : le cas de l'Amérique latine », *RF sc. pol.*, n°3, 1963, p. 577-600
- LAMOUREUX S., « La révision de l'article 25 de la Constitution ou la mise en place d'une incompatibilité à coquille vide », *RFDC*, n°77, 2009, p. 135-145
- LANGAVANT E., « Le contreséing des actes du président de la République », *AJDA*, 1960, p. 50-56
- LAQUIÈZE A., « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècles », in P.-Y. QUIVIGIER, V. DENIS et J. SALEM (dir.), *Figures de Sieyès*, Actes du colloque des 5 et 6 mars 2004 organisé par le Centre d'Histoire des systèmes de pensée moderne et l'Institut d'Histoire de la Révolution française, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 83-121
- LAQUIÈZE A., « Constant Benjamin. Principes de politique applicables à tous les Gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France », in O. CAYLA et J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Dictionnaires des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 102-111
- LARSEN C. et YSEULT M., « Évolution de la fonction présidentielle en Finlande : de la Forme de gouvernement (1919) à la constitution coordonnée (2000) », *RDP*, 2001, p. 1381-1415
- LAUVAUX P., « L'illusion du régime présidentiel », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 329-347
- LAUVAUX P., « Le président de la République italienne en perspective », in L. MOREL (dir.), *L'Italie en transition. Recul des partis et activation de la fonction présidentielle*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1997, p. 39-57
- LE BÈGUEC G., « Avant propos », *Histoire@Politique*, n°8, mai-août 2009, 5 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)
- LE BOS-LE POURHIET A.-M., « Les emplois à la discrétion », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 121-133 (Voir aussi LE POURHIET A.-M.)
- LE DIVELLEC A., « Parlementarisme dualiste : entre Weimar et Bayeux », *RFDC*, n°20, 1994, p. 749-758
- LE DIVELLEC A., « La neutralisation de la Présidence de la République en Autriche », *RF sc. pol.*, n°6, 1996, p. 936-960
- LE DIVELLEC A., « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 189-199

- LE DIVELLEC A., « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 349-362
- LE DIVELLEC A., « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in BEAUD O. et PASQUINO P., *La Controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2006, p. 32-79
- LE DIVELLEC A., « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V^e République », *Droits*, n°44, 2007, p. 101-137
- LE DIVELLEC A., « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? Une problématique introductive à l'étude de la réforme constitutionnelle de 2008-2009 », *Jus Politicum*, n°6, octobre 2011, 31 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : <http://juspoliticum.com/Vers-la-fin-du-parlementarisme.html>) et vol. hors-série, Dalloz, 2012, p. 15-45
- LE DIVELLEC A., « Présidence de la République et réforme constitutionnelle. L'impossible "rationalisation" du présidentielisme français », in *Politiques publiques 3*, Presses de Sciences Po, 2012, p. 91-110
- LE DIVELLEC A., « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 123-140
- LENAIN P., « L'administration de 1981 à 1985 : essai de bilan », *Rev. adm.*, n°228, 1985, p. 589-594
- LENAIN P., « L'administration de 1986 à 1998 : essai de bilan », *Rev. adm.*, n°305, 1998, p. 618-626
- LE POURHIET A.-M., « L'article 4 », *LPA*, n°97, 14 mai 2008, p. 17-19
- LE POURHIET A.-M., « Le juge, l'arbitre et le capitaine », *LPA*, n°119, 16 juin 2009, p. 3-7
- LE ROUX M., « Administrations centrales », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 115, 2013
- LEVADE A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 55-71
- LOCHAK D., « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 19-32
- LOEWENSTEIN K., « The Constitution of the Fifth Republic a Preliminary Report », *The Journal of Politics*, vol. 21/2, mai 1959, p. 211-233
- LUCATELLO G., « "Controfirma ministeriale" e "irresponsabilità" presidenziale », *Diritto e società*, n°2, 1999, p. 243-250
- LUCHAIRE F., « La République française et la Communauté », *Rev. adm.*, n°71, 1959, p. 459-

472

LUPPI P., « L'unité du pouvoir réglementaire du Premier ministre et son caractère *ab initio* », *AJDA*, 2007, p.1643-1645

— M/N —

MBONGO P., « Avant-propos : État administratif et responsabilité politique », in P. MBONGO (dir.), *La Séparation entre Administration et politique en droits français et étrangers*, Berger Levrault, 2014, p. 15-19

MBONGO P., « La séparation entre administration et politique en droit américain », in P. MBONGO (dir.), *La Séparation entre Administration et politique en droits français et étrangers*, *op. cit.*, p. 47-76

MACCORMICK N., « Argumentation and interpretation in law », *Argumentation*, vol. 9, 1995, p. 467-480

MAGNON X., « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *RFDC*, n°5 (HS *Réviser la Constitution en 2008 ?*), 2008, p. 39-47

MAGNON X., « En quoi le positivisme-normativisme est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 269-280

MAGNON X., « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, 2013, n°38, p. 206-211

MAHERZI D., « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République rénové », *Politeia*, n°17, 2010, p. 435-458

MARCHAND J., « Le recrutement des juges en France », *Revue générale de Droit*, n°36, 2006, p. 676-688

MARTINAGE R., « L'épuration sous les régimes monarchiques », *Histoire de la Justice*, n°6, 1993, p. 33-57

MASSOT J., « "Direction du Gouvernement" et "Conduite de la politique de la nation" », *Rev. Adm.*, n°194, 1980, p. 125-130

MASSOT J., « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 363-371

MASSOT J., « Les effets du quinquennat sur l'exercice de la fonction présidentielle. Une faible incidence », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 231-242

MASTIAS J., « La place du Sénat dans le système politique français », in ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *Le Bicamérisme. Actes des journées d'études du*

17 mars 1995, *Economica-PUAM*, 1997, p. 21-31

MASTROPAOLO A., « Il dualismo rimosso. La funzione del presidente della repubblica nella forma di Governo parlamentare italiana », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n°3, 2013. (Disponible en ligne via l'URL : <http://www.rivistaaic.it/download/t8ieAG94tq8fc4DORPNeAM4naAMPXn4pcT-ddfiVKxE/4-2013-mastropaolo.pdf>)

MATHIEU B., « Du comité Balladur au Congrès de Versailles. Genèse et logiques d'une réforme », *JCP G.*, n°31-35, 2008, p.11-14

MATHIEU B., « Transformer la V^e République sans la trahir, cohérences et perspectives d'une révision constitutionnelle », *AJDA*, 2008, p. 1858-1865

MATHIOT P. et SAWICKI F., « Les membres des cabinets ministériels socialistes en France (1981-1993) : recrutement et reconversion. Partie 1. Caractéristiques sociales et filières de recrutement », *RF sc. pol.*, vol. 49, n°1, 1999, p. 3–30

MATHIOT P. et SAWICKI F., « Les membres des cabinets ministériels socialistes en France (1981-1993) : recrutement et reconversion. Partie 2. Passage en cabinet et trajectoires professionnelles », *RF sc. pol.*, vol. 49, n°2, 1999, p. 231–264

MATTARELLA B. G., « Le régime juridique du conflit d'intérêts éléments comparés », trad. franç. par VAUCHEZ A., *RF Adm. pub.*, n°135, 2010, p. 643-654

MATUTANO E., « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *Droit administratif*, n°8, 2011, p. 18-23

MAUS D., « La Constitution jugée par sa pratique. Réflexions pour un bilan », *RF sc. pol.*, vol. 34, n°4-5, 1984, p. 875-909

MAUS D., « Guy Mollet et l'élaboration de la Constitution de 1958 », in B. MÉNAGER (dir.), *Guy Mollet : un camarade en République*, Presses Universitaires de Lille, 1987, p. 349-364

MAUS D., « Georges Pompidou et la logique de la V^e République », in J.-P. COINTET *et alii*, *Un politique : Georges Pompidou*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2001, p. 93-113

MAUS D., « Les rapports de Valéry Giscard d'Estaing avec ses gouvernements (1974-1981) », in S. BERSTEIN, R. RÉMOND et J.-F. SIRINELLI (dir.), *Les Années Giscard. Institutions et pratiques politiques (1974-1978)*, Fayard, 2003, p. 113-135

MAZURKIEWICZ D., « Pologne : la "Petite Constitution". Présentation », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n°4, 1992, p. 155-161

MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°18, 1994, p. 241-294

MELLERAY F., « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *RFDA*, 2001, p. 1088-1100

- MÉNY Y., « À la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 5-24
- MICHELAT G., « Sur l'utilisation de l'entretien non directif en sociologie », *Revue française de sociologie*, 1975, 16-2. p. 229-247
- MILACIC S., « Faut-il réinventer la démocratie ? Du "néodémocratie" pour équilibrer le "néolibéralisme" », *Politeia*, n°6, 2004, p. 445-453
- MILLARD É., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droits et Société*, n°30/31, 1995, p. 381-412
- MILLARD É., « Réalisme scandinave, réalisme américain : un essai de caractérisation », in P. BRUNET et É. MILLARD (dir.), *Le Réalisme juridique scandinave en question*, Presses Universitaires de Rouen, 2004, publié aussi in *Revus*, n°24, 2014, p. 81-97
- MILLARD É., « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », VI^e Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 2005 (Disponible en ligne via l'URL : halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009961/document)
- MILLARD É., « L'analyse lexicologique de Norberto Bobbio », *Analisi e diritto*, 2005, p. 209-217
- MILLARD É., « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 725-734
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. La révision de la Constitution autrichienne », *RPP*, 1930, t. 142, p. 485-492
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. L'exécutif et la dictature », *RPP*, 1930, t. 144, p. 317-329
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. Le référendum et le régime parlementaire », *RPP*, 1931, t. 146, p. 304-313
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. L'exécutif dans le régime parlementaire », *RPP*, 1931, t. 148, p. 155-163
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. La nouvelle Constitution espagnole », *RPP*, 1932, t. 150, p. 127-142
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. La révision constitutionnelle », *RPP*, 1933, t. 155, p. 337-349
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. Siam, Italie, Espagne », *RPP*, 1933, t. 156, p. 588-597

MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. Révisions constitutionnelles en Estonie, en Pologne et en Autriche », *RPP*, 1934, t. 160, p. 133-143

MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Chronique constitutionnelle. Défense de l'État démocratique en Tchécoslovaquie », *RPP*, 1935, t. 162, p. 562-574

MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Les méthodes d'études du droit constitutionnel comparé », *RIDC*, 1949, p. 397-417

MODERNE F., « Proposition et décision (Recherches sur le régime juridique des propositions dans la jurisprudence administrative contemporaine) », in *Le juge et le Droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 595-620

MONIOLLE C., « Les apports essentiels de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances en matière de dépenses de personnel », *AJDA*, 2006, p. 2040-2045

MONIOLLE C., « Les mutations des corps de la fonction publique d'État », *AJDA*, 2013, p. 328-335

MORABITO M., « Le bicamérisme dans l'Histoire constitutionnelle », in ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *Le Bicamérisme. Actes des journées d'études du 17 mars 1995*, Economica-PUAM, 1997, p. 13-19

MORABITO M., « Necker et la question du chef de l'État », in L. JAUME (dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du Groupe de Madame de Staël*, Economica et PUAM, 2000, p. 41-54

MOREAU J., « À la recherche de l'acte complexe », *Droits*, n°7, 1988, p. 75-84

MORIN F., « Le nouveau pouvoir financier en France ou "l'autogestion" du capital », *Revue d'économie industrielle*, vol. 47/1, 1989, p. 44-52

MOULIN R., « Élection présidentielle et classification des régimes », *Pouvoirs*, n°14, 1980, p. 29-40

NGANDO S. R., « Le renouveau du droit constitutionnel et la question des classifications en Afrique : quel sort pour le régime présidentiel ? », *RFDC*, n°93, 2013, p. e-1-e-26

NOVAK M., « Élection directe du Chef de l'État : tour d'horizon sur une question d'actualité », *Revue Est Europa*, 2013, p. 177-195

— O/P —

OLIVIER L., « Préfet et Gouvernement : entre subordination et capacité d'initiative. Une approche socio-historique », in BORELLA F. (dir.), *Le Préfet, 1800-2000, gouverneur, administrateur, animateur*, Presses universitaires de Nancy, coll. « Droit, politique, société », 2000, p. 89-109

PAGÈS G., « La vénalité des offices dans l'ancienne France », *Revue Historique*, vol. 169, n°3, janvier 1932, p. 477-495

- PAGÈS G., « Essai sur l'évolution des institutions administratives en France : du commencement du XVI^e siècle à la fin du XVII^e », *Revue d'Histoire moderne*, t. 7, n°1, 1932, p. 8-57
- PAILLET M., « Responsabilité administrative et responsabilité politique », in J.-J. SUEUR (dir.), *Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics*, Actes de la journée d'études organisée par le Centre d'Études et de Recherches sur les Contentieux le 10 décembre 1999, L'Harmattan, 2001, p. 121-146
- PARODI J.-L., « Éléments constitutifs et combinatoires institutionnelles », *RF sc. pol.*, n°4-5, 1984, p. 628-647
- PASSERON A., « Comment ils ont placés leurs amis ? », *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 25-30
- PAYRE J.-P., « Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du président de la République », *RDP*, 1981, p. 1613-1644
- PEROTTINO M., « Les enjeux multiples du mode d'élection présidentiel tchèque », *Revue Est Europa*, 2013, p. 247-258
- PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », *Revue générale de Droit*, n°36, 2006, p. 653-674
- PFERSMANN O., « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale : théorie, pratique, limites », ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *La révision de la Constitution*, Economica-PUAM, 1994, p. 7-65
- PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Analisi e diritto*, 2001, p. 231-284 ; reproduit in *RFDC*, n°52, 2002, p. 279-334
- PFERSMANN O., « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n°52, 2002, p. 759-788
- PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RID Comp.*, vol. 53/2, 2001, p. 275-288
- PFERSMANN O., « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 353-374 [ST2]
- PFERSMANN O., « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'Interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 33-60
- PFERSMANN O., « La Théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », in A. VIALA (dir.), *La Démocratie : mais qu'en disent les juristes? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Les Grands colloques », 2014, p. 155-171

- PICARD É., « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'Office du juge*, Publications du Sénat, 2008, p. 42-147
- PICKLES D., « The Constitution of the Fifth French Republic », *The Modern Law Review*, vol. 22/1, janvier 1959, p. 1-20
- PIERRÉ-CAPS S., « Le statut constitutionnel du préfet », in BORELLA F. (dir.), *Le Préfet, 1800-2000, gouverneur, administrateur, animateur*, Presses universitaires de Nancy, coll. « Droit, politique, société », 2000, p. 35-42
- PINON S., « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politeia*, n°10, 2006, p. 407-468
- PINON S., « Une V^e République toujours plus “parlementaire” », *D.*, 2008, p. 3096-3097
- PIROU X., « L'incompatibilité entre fonction gouvernementale et mandat parlementaire : vers une séparation atténuée des pouvoirs ? », *RDP*, 2009, p. 853-875
- PONCEYRI R., « L'encadrement du présidentielisme, mission impossible ? », *RPP*, n°1045, 2007, p. 33-41
- PONTIER J.-M., « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA*, 2007, p. 979-989
- PONTHOREAU M.-C., « Le président de la République. Une fonction à la croisée des chemins », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 33-44
- PONTHOREAU M.-C., « Les droits de l'opposition en France penser une opposition présidentielle », *Pouvoirs*, n°108, 2004, p. 101-114
- PORTELLI H., « L'évolution du personnel gouvernemental. La politisation ambiguë de la fonction publique », *Le Débat*, n°52, 1988, p. 24-31
- PORTELLI H., « Les Premiers ministres : essai de typologie », *Pouvoirs*, n°83, 1997, p. 21-30
- PORTELLI H., « Contre-pouvoir ou chef de l'opposition ? », *Pouvoirs*, n°91, 1999, p. 59-70
- POUPART J., « Discours et débats autour de la scientificité des entretiens de recherche », *Sociologie et sociétés*, vol. 25, n°2, 1993, p. 93-110
- POUTHAS C.-H., « Les projets de réforme administrative sous la restauration », *Revue d'Histoire moderne*, n°5, 1926, p. 321-367
- PY P., « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », *D.*, 2000, p. 563-570
- Q/R —
- QAZBIR H., « Le conflit d'intérêts dans le droit de la fonction publique », *AJFP*, 2014 p. 277-284

- QUERMONNE J.-L., « La notion de pouvoir d'État et de pouvoir présidentiel sous la V^e République », in *Itinéraires. Mélanges en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 549-562
- RAGOUET P., « Usages probatoire et exploratoire de l'entretien unique : éléments de discussion à partir de l'étude de deux travaux de sociologie des sciences », *Sociologie et sociétés*, vol. 32, n°1, 2000, p. 171-195
- RENAUDIE O., « La genèse complexe du Défenseur des droits », *RF Adm. pub.*, n°139, 2011, p. 397-408
- RIBADEAU DUMAS B., « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 73-88
- ROBLIN C., « Les avis conformes », in G. DUPUIS (dir), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1979, p. 80-96
- ROBLOT-TROIZIER A., « La Constitution, le service public et le fonctionnaire », *AJDA*, 2013, p. 584-588
- ROLLAND P., « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°27, 2008, p. 43-73
- ROPER S. D., « Are All Semipresidential Regimes the Same? A Comparison of Premier-Presidential Regimes », *Comparative Politics*, vol. 34, n°3, 2002, p. 253-272
- ROSANVALLON P., « Administration, politique et société, le paradoxe français », *Réseaux*, vol. 8, n°40, 1990, p. 49-70
- ROSSETTO J., « À propos de la stabilisation conventionnelle de la V^e République », *RDP*, numéro spécial : Les 40 ans de la V^e République, 1998, p. 1498-1505
- ROSS A., « Tû-Tû », *Harvard Law Review*, vol. 70/5, 1957, p. 812-825
- ROSS A., « Sur les concepts d' "État" et d' "organes d'État" en droit constitutionnel », trad. franç. par BRUNET P., *Droits*, n°23, 1996, p. 131-144
- ROUBAN L., « Les entourages de l'Élysée et de Matignon : 1974-1997. Première partie », *Rev. adm.*, n°302, 1998, p. 317-324
- ROUBAN L., « Les entourages de l'Élysée et de Matignon : 1974-1997. Deuxième partie », *Rev. adm.*, n°303, 1998, p. 420-426
- ROUBAN L., « Les entourages de l'Élysée et de Matignon : 1974-1997. Troisième partie », *Rev. adm.*, n°304, 1998, p. 530-538
- ROUBAN L., « Les hauts fonctionnaires sous la V^e république : idées reçues et perspectives analytiques », *RF Adm. pub.*, n°304, 1998, p. 530-537

ROUBAN L., « L'État à l'épreuve du libéralisme : les entourages du pouvoir exécutif de 1974 à 2012 », *RF adm. pub.*, n°142, 2012, p. 467-490

ROUBAN L., « Le gaullisme des hauts fonctionnaires (1958-1974) », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, n°116, 2012, p. 37-51

ROUBAN L., « L'accès des femmes aux postes dirigeants de l'état », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 89-108

ROUSSEAU D., « De la démocratie représentative à la "démocratie continue" », in D. ROUSSEAU (dir.), *La Démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995

ROUSSEAU D., « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n°96, 1997, p. 73-88

ROUSSEAU D., « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, paru en ligne le 19 septembre 2008, 18 p. (Disponible en ligne sur le site de la revue : http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919_drousseau.pdf)

ROUSSEAU D., « Le rapport Balladur : un défaut d'ambition pour une V^e République toujours en déséquilibre », *Rev. adm.*, n°361, 2008, p. 39-45

ROUSSEAU D., « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in A. VIALA (dir.), *La Démocratie : mais qu'en disent les juristes? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Les Grands colloques », 2014, p. 7-30

ROYER E., « Modalités d'application du 5^e alinéa de l'article 13 de la Constitution », *D.*, 2009 p. 1469-1471

RUDELLE O., « La volonté d'une République nouvelle », *Espoir*, n°110, 1997 (disponible en ligne via l'URL : <http://www.charles-de-gaulle.org/pages/l-homme/dossiers-thematiques/1958-1970-la-ve-republique/la-constitution-de-la-ve-republique/analyses/la-volonte-drsquoune-republique-nouvelle.php>)

— S —

SAIDJ L. et ALBERT J.-L., « Fonction publique et droit budgétaire », *Juris-Classeur Fonctions publiques*, fasc. 50, 2012

SAINT-BONNET F., « Le bien, le mieux et l'ennemi du bien », *LPA*, 19 décembre 2008, n°254, p. 24-27

SAINT-BONNET F., « *Genitum, non factum*. La désignation du chef de l'État (1799-1815) », in A.-M. LE POURHIET (dir.), *La Désignation du chef de l'État. Regards croisés dans le temps et l'espace*, Fondation Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2012, p. 21-39

SALON S., « Nominations et emplois "à la décision du Gouvernement" », *Cah. fonct. publ.*, n°240, 2004, p. 4-6

SAUNIER G., « La vie quotidienne à l'Élysée au temps de François Mitterrand », *Hypothèses*,

2001, n°4, p. 211-220

SAUNIER S., « La signature de la décision administrative. Bilan d'étape de la jurisprudence depuis la loi du 12 avril 2000 », *RFDA*, 2010 p. 489-505

SAUVAGEOT F., « Le serment des hautes autorités étatiques. Une institution à développer ? », *RDP*, 2006, p. 201-230

SAUVÉ J.-M., « Le Conseil des ministres », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 497-536

SCHRAMECK O., « Emplois régaliens et conditions de nomination », in *Terres du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2009, p. 169-174

SEILLER B., « Acte administratif (I-Identification) », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2010, mis à jour en 2014

SEILLER B., « Acte administratif (II-Régime) », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2010, mis à jour en 2015

SÉGUR Ph., « La désignation des gouvernants par tirage au sort », *RFDC*, n°95, p. 687-698

SERRAND P., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP*, 2012, p. 901-924

SILVERA V., « La vie de la présidence et des ministères du 16 octobre au 15 décembre 1961. Les mesures d'application de l'article 16 de la Constitution dans le domaine de la fonction publique », *Rev. adm.*, n°84, 1961, p. 639-643

SILVERA M., « Le régime des emplois de direction des administrations centrales », *AJDA*, 1965, p. 132-139

SIMINA TANASESCU E., « Réussite de la procédure de suspension et échec de la déchéance du Président de Roumanie », *RFDC*, n°73, 2008, p. 181-184

SIWEK-POUYDESSEAU J., « Le recrutement des femmes dans les concours de catégorie A : la source des viviers », *RF adm. pub.*, n°145, 2013, p. 65-88

SLAMA S., « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », *RF adm. pub.*, n°139, p. 461-476

SOULAY C., « Les emplois à la décision du Gouvernement », *JCP A.*, n°26, 2006, p. 886-891

STENMANS A., « Pratiques de politisation des administrations publiques », *Pyramides*, n°3, numéro spécial : La politisation de l'administration, 2001, p. 31-54

STRAUSS D. A. et SUNSTEIN C. R., « The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process », *The Yale Law Journal*, vol. 101, n°7, 1992, p. 1491-1524

SUDRAN P., « Le recrutement des fonctionnaires », *Après-demain*, n°143-144, 1977, p. 13-

— T —

- TANNENBAUM E. R., « The Heritage and Prospects of the Fifth Republic », *The Journal of Modern History*, vol. 33, 1961, p. 178-182
- TAILLEFAIT A., « Recrutement et cessation des fonctions », *Juris-Classeur Fonctions publiques*, fasc. 240, 2011
- TELETIN A., « Les vœux présidentiels au Portugal, en France et en Roumanie, et la crise internationale. Les enjeux des formes d'adresse et des procédés d'atténuation/intensification », *Mots. Les langages du politique*, n°101, 2013, p. 31-46
- TEITGEN-COLLY C., « René Cassin, Vice-président du Conseil d'État », *RDP*, 2011, p. 15-53
- TIMSIT G., « Compétence liée et principe de légalité », *D.*, Chr. 1964, p. 217-222
- TONG L. H., « Senate Confirmation Process : An Overview », *Congressional Research Service*, Report for Congress, 2003, 2 p.
- TOULEMONDE B., « La fonction rectorale depuis 1945 : une profonde transformation », *RDP*, 2010, p. 1345-1365
- TOULEMONDE B., « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences po », *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 87-99
- TOULEMONDE G., « Le parlementaire en mission : encore parlementaire ou déjà agent du Gouvernement ? », *LPA*, n°152, 2014, p. 55-60
- TRICAUD S. et WILLAERT É., « Les cabinets de Georges Pompidou à Matignon et à l'Élysée (1962-1974) », *Histoire@Politique*, n°8, 2009, 11 p. (disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)
- TRISTRAM F., « Un instrument politique mal assumé ? L'entourage de Valéry Giscard d'Estaing à l'Élysée de 1974 à 1981 », *Histoire@Politique*, n°8, 2009, 23 p. (disponible en ligne sur le site de la revue : <http://www.histoire-politique.fr>)
- TROPER M., « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 75-91
- TROPER M., « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945-956
- TROPER M., « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n°10, 1989, p.101-104
- TROPER M., « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p. 31-48
- TROPER M., « Responsabilité politique et fonction gouvernementale », in O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), *La Responsabilité des gouvernants*, Descartes & Cie, 1999, p. 33-52

- TROPER M., « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e diritto*, 2003, p. 297-314
- TROPER M., « La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°34, 2011, p. 299-310
- TURPIN D., « La présidence du Conseil des ministres », *RDP*, 1987, p. 873-898
- TUSSEAU G., « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, 2004, n°19, p. 3-38
- TUSSEAU G., « Façonner le “gardien de la conscience” », *Pouvoirs*, n°150, 2014, p. 53-68
- U/V —
- URVOAS J.-J., « Éloge d'une hypocrisie », *Études*, n°395, 2001, p. 309-320
- VALENCE D., « La mémoire et l'oubli : Roger Frey (1913-1997) », in B. LACHAISE, F. AUDIGIER et S. LAURENT (dir.), *Les Gaullistes. Hommes et réseaux*, Nouveau Monde, 2013, p. 169-184
- VALLET O., « La fin du droit public ? », *Rev. adm.*, n°265, 1992, p. 5-8
- VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21-53
- VEDEL G., « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n°50, 1989, p. 15-30
- VERMEIL E., « La révision de la Constitution et les pouvoirs du président de la République », *RPP*, t. 123, 1925, p. 177-189
- VERPEAUX M., « La révision Constitutionnelle à l'arraché », *JCP G.*, n°31-35, 2008, p. 16-21
- VERPEAUX M., « L'allocution de Michel Debré devant le Conseil d'État », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 105-118
- VERPEAUX M., « Brèves considérations sur l'actualité renouvelée des lois organiques », *AJDA*, 2009, p. 1980-1985
- VERPEAUX M., « Naissance d'un Ombudsman à la française », *JCP G.*, n°14, 2011, p. 648
- VERPEAUX M., « Il est né le défenseur des droits. À propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP G.*, n°17, 2011, p. 823-828
- VERPEAUX M., « Conseil constitutionnel », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. n°1410, 2014
- VEYRET J., « L'autorité investie du pouvoir de nomination des fonctionnaires de l'État », *RFDA*, 1992, p. 881-884

VIDAL-NAQUET A., « Un président de la République plus “encadré” », *JCP G.*, n°31-35, 2008, p. 28-34

VIDAL-NAQUET A., « La revalorisation du Parlement et l'équilibre au sein de l'exécutif. Vers un rééquilibrage au sein de l'exécutif ? », in J. GICQUEL *et alii* (dir.), *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspective de la réforme de 2008*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 153

VIDAL-NAQUET A., « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n°46, 2015, p. 5-19

VIGOUROUX C., « Trente ans après la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA*, 2013, p. 1202-1206

VISSCHER C. (DE), « Autorités politiques et haute administration : une dichotomie repensée par la NGP ? », *Revue internationale de politique comparée*, n°11, 2004, p. 205-224

— **W à Z** —

WACHSMANN P., « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », *AJDA*, 2009, p. 617

WACHSMANN P., « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n°5, 2010, 34 p. (disponible en ligne sur le site de la revue : <http://juspolicum.com/Sur-la-composition-du-Conseil.html>)

WAHL N., « Aux origines de la Nouvelle Constitution », *RF sc. pol.*, n°1, 1959, p. 30-66

WALINE J., « À propos de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, coll. « Mélanges », 2010, p. 723-741

WEBER M., « La domination légale à direction administrative bureaucratique » (1921), in R. TESSIER et Y. TELLIER (dir.), *Théories de l'organisation. Personnes, groupes, systèmes et environnement*, Presses de l'Université du Québec, 1991, p. 23-32

WROBLEWSKI J., « Les langages du droit : une typologie », *Droits et société*, n°8, 1988, p. 15-30

YOLKA Ph., « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V^e République », *RDP*, 1999, p. 720-758

ZORGBIBE C., « Vie Administrative à l'Étranger : Le “Spoil system”, technique de gouvernement », *Rev. adm.*, n°125, septembre-octobre 1968, p. 615-624

III. Rapports & documents officiels

CHINAUD R., *Société générale - L'action des organismes publics ayant trait à des opérations financières portant sur le capital des sociétés privatisées*, Rapport n°265

(1988–1989), fait au nom de la commission de contrôle de l'action des organismes publics ayant trait à des opérations financières portant sur le capital des sociétés privatisées créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 20 décembre 1988, 372 p.

Disponible en ligne via l'URL : <http://www.senat.fr/rap/r88-265/r88-2651.pdf>

A.-M. COLMOU, *L'Encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes. Quels obstacles ? Quelles solutions ?*, Rapport au ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1999, p. 15

COMITÉ TECHNIQUE POUR LA RÉDACTION DES TEXTES CONSTITUTIONNELS ET LÉGISLATIFS SUSCEPTIBLES D'ASSURER, DANS LE CADRE DE LA RÉPUBLIQUE, LE REDRESSEMENT DES INSTITUTIONS LIBRES ET DES SERVICES PUBLICS, *La France de demain. Son gouvernement, ses assemblées, sa justice*, (dit Rapport BARDOUX), Sirey, 1936, rééd. Dalloz, 2006, 297 p.

COMITÉ CONSULTATIF POUR LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION, *Proposition pour une révision de la Constitution*, (dit Rapport VEDEL), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1993, 106 p.

Disponible en ligne via l'URL :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapport_s-publics/084000091/0000.pdf

COMMISSION DE RÉFLEXION SUR LE STATUT PÉNAL DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République* (dit Rapport AVRIL), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2002, 105 p.

Disponible en ligne via l'URL :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapport_s-publics/024000635/0000.pdf

COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^E RÉPUBLIQUE, *Une V^e République plus démocratique*, (dit Rapport BALLADUR), La Documentation française, Fayard, 2007, 181 p.

Disponible en ligne via l'URL :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapport_s-publics/074000697/0000.pdf

COMMISSION DE RÉFLEXION POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA VIE PUBLIQUE, *Pour une déontologie de la vie publique* (dit Rapport SAUVÉ), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2011, 154 p.

Disponible en ligne via l'URL :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapport_s-publics/114000051/0000.pdf

COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, *Pour un nouveau démocratique* (dit Rapport JOSPIN), La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2012, 144 p.

Disponible en ligne via l'URL :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapport_s-publics/124000596/0000.pdf

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public, Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État », 2001, 471 p.
Disponible en ligne via l'URL :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/014000275/index.shtml>

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public, Volume 2 - Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, La Documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État », 2012, 296 p.
Disponible en ligne via l'URL :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/124000501/0000.pdf

COUR DES COMPTES, *L'Organisation territoriale de l'État, Rapport public thématique*, juillet 2013, 294 p.

Disponible en ligne via l'URL :

https://www.ccomptes.fr/content/download/57773/1468064/version/4/file/rapport_thematique_Organisation_territoriale_Etat.pdf

Direction générale de l'Administration et de la fonction publique (DGAFP), *Dispositif des nominations équilibrées*, bilan 2013, 63 p. Disponible en ligne :

http://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/publications/rapport_annuel/DEN-bilan2013.pdf

DOSIÈRE R. et VANESTE C., *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Assemblée nationale, n°2925, 2010, 2 t., respect. 452 p. et 451 p.

Disponible en ligne via l'URL :

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-tI.asp> et
<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-tII.asp>

GÉLARD P., Office parlementaire d'évaluation de la législation, *Les Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, n°3166 AN et n°404 S., 2006, 2 t., respect. 138 p. et 449 p.

Disponible en ligne via l'URL :

<http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-11.pdf> et
<http://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-21.pdf>

GÉLARD P., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois sur les autorités administratives indépendantes*, n°616, S., 2014, 449 p.

Disponible en ligne via l'URL :

<http://www.senat.fr/rap/r13-616/r13-6161.pdf>

INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES, *L'État et ses agences*, Inspection générale des finances, 2012, 74 p.

Disponible en ligne via l'URL :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/124000505/0000.pdf

MATHESON A. *et alii*, *Étude sur la participation politique aux décisions relatives à la nomination des hauts fonctionnaires et sur la délimitation des responsabilités entre*

ministres et hauts fonctionnaires, Éditions OCDE, 2007, 82 p.
Disponible en ligne via l'URL : <http://dx.doi.org/10.1787/111168253630>

MIGAUD D. et LAMBERT A., *La Mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances, Rapport au Gouvernement*, La Documentation française, 2006, 182 p.
Disponible en ligne via l'URL :
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/064000807/0000.pdf

MINEFI, *Guide des dépenses de personnel*, 2005, 56 p.
Disponible en ligne via l'URL :
http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publicue/files/files/documents/gestion_publicue/depenses_personnel/guide_depenses_personnel_2005.pdf

NADAL J.-L., *Renouer la confiance publique. Rapport au président de la république sur l'exemplarité des responsables publics*, 2015, 187 p.
Disponible en ligne via l'URL :
<http://www.hatvp.fr/renouer-la-confiance-publique/index.htm>

POCHARD M., *La diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2007, 41 p.
Disponible en ligne via l'URL :
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000378/index.shtml>

TEYSSIER A. *et alii.*, *L'encadrement supérieur et dirigeant de l'État*, Ministère de l'Intérieur, septembre 2014, 117 p.
Disponible en ligne via l'URL :
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000531.pdf>

TRUCHE P., *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1997, 506 p.
Disponible en ligne via l'URL :
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974072100/index.shtml>

D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, éd. Ministère de la fonction publique, 2004, 107 p.
Disponible en ligne via l'URL :
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000632/index.shtml>

IV. Films documentaires, archives écrites, audio & audiovisuelles

IV. 1. Archives écrites : documents des archives nationales

COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA V^e RÉPUBLIQUE (Voir *supra*

Bibliographie, I. 4 Monographies, ouvrages généraux & ouvrages collectifs)

COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE (Voir *supra* Bibliographie, I. 4 Monographies, ouvrages généraux & ouvrages collectifs)

FAVIER J. et TOURTIER-BONAZZI C. DE, *Les Archives nationales. 5, 1940-1958. Fonds conservés à Paris : état général des fonds*, éd. La Documentation française, 1988, 468 p.

FOND 1 AG. Troisième République (1870-1940)

ADNÈS F., *Rép. num. détaillé dact.*, d'après un travail de P. CANAVAGGIO et A. COUTURIER (2000, 86 p., ann. 14 p.), 2000, dact., 10 p.

FOND 2 AG. État français (1940-1944)

FAVIER J. (dir.), *Les Archives nationales. 2, 1789-1940 : état général des fonds*, éd. Rémi Mathieu, 1978, 656 p.

FOND 3 AG. Charles DE GAULLE avant 1959

BLANC B. et alii., *Archives du général DE GAULLE, 1940-1958. De la France libre à la Cinquième République*, éd. refondue et préparée pour l'impression, avec introduction, appareil critique et index, par A. CALLU, Centre historique des Archives nationales, 2003, 507 p.

FOND 4 AG. Quatrième République (1947-1959)

ADNÈS F., *Archives de la présidence de la République. Quatrième République. Vincent AURIOL et René COTY. Rép. num. détaillé imprimé*, Archives nationales, La Documentation française, 2001, 402 p.

FOND 5 AG. Cinquième République

5 AG 1. Charles DE GAULLE, président de la République (1959-1969)

EVEN N., *Archives de la présidence de la République, général DE GAULLE (1959-1969). Répertoire numérique détaillé imprimé*, Archives nationales, 2012, 704 p.

5 AG 2. Georges POMPIDOU (1969-1974)

BULA S., IRIGOIN J. et OBERT C., *Archives de la présidence de la République. Georges POMPIDOU. 1969 1974. Rép. num. détaillé imprimé*, La Documentation française, 1996, 271 p., complété par GENESTE P. et NOULET C., Centre historique des Archives nationales, 2006 (édition électronique). Répertoire numérique en XML

5 AG 3. Valéry GISCARD D'ESTAING (1974-1981)

GENESTE P. (dir.), *Archives de la Présidence de la République. Valéry GISCARD D'ESTAING. 1974-1981. Rép. num. détaillé imprimé*, Archives nationales, Somogy éditions d'art, 2007, 707 p.

5 AG 4. François MITTERRAND (1981-1995)

Archives de la présidence de la République. François MITTERRAND. 1981-1995. Rép. Numérique, En cours de préparation, inédit. (L'accès à ce répertoire inédit nous a été rendu possible par J.-C. BÉDAGUE. Qu'il en soit chaleureusement remercié)

5 AG 5. Jacques CHIRAC (1995-2007)

Archives de la présidence de la République. Jacques CHIRAC. 1995-2007

IV. 2. Archives audio

SÉMINAIRE DE DROIT POLITIQUE, ANR de Droit politique, *Agir politique et pensée juridique : l'exemple de la crise du 16 mai 1877* [2 podcasts], 8 juin 2011, respectivement 78 min et 60 min (disponible sur le site de l'Encyclopédie du Droit politique via l'URL : <http://www.droitpolitique.com/spip.php?article25>)

IV. 3. Archives audiovisuelles

INTERVIEWS ET DÉBATS (classement chronologique)

Valéry GISCARD D'ESTAING et François MITTERRAND, émission présentée par A. DUHAMEL et J. BAUDRIER, ORTF, France, diffusion le 10 mai 1974, 101 min., coul.

Valéry GISCARD D'ESTAING, *Journal télévisé*, France télévision 1, France, diffusion le 25 août 1976, 18 min., coul.

François MITTERRAND et Michel DEBRÉ, *Question de temps*, émission présentée par N. COPIN et D. GRANDCLÉMENT, Antenne 2, France, diffusion le 8 janvier 1979, 8.26 min., coul. (Extrait disponible en ligne sur le site de l'INA : <http://www.ina.fr/video/I04343640/michel-debre-et-francois-mitterrand-a-propos-du-role-du-president-de-la-republique-video.html> (La revue *Pouvoirs* a retranscrit une partie de l'échange sous le titre « L'exercice du pouvoir », n°9, 1979, p. 89-94)

Valéry GISCARD D'ESTAING et François MITTERRAND, émission présentée par M. COTTA et J. BOISSONNAT, TF1, Antenne 2 et FR3, diffusion le 5 mai 1981, 137 min., coul.

Jacques CHIRAC et François MITTERRAND, émission présentée par M. COTTA et E. VANNIER, TF1, Antenne 2, diffusion le 24 avril 1988, 137 min., coul.

Jacques CHIRAC et Lionel JOSPIN, émission présentée par A. DUHAMEL et G. DURAND, TF1, France 2, diffusion le 2 mai 1995, 142 min., coul.

Ségolène ROYAL et Nicolas SARKOZY, émission présentée par A. CHABOT et P. POIVRE D'ARVOR, TF1, France 2, diffusion le 2 mai 2007, 161 min., coul.

François HOLLANDE et Nicolas SARKOZY, émission présentée par D. PUJADAS et L. FERRARI, TF1, France 2, diffusion le 2 mai 2007, 170 min., coul.

FILMS DOCUMENTAIRES

DOMINICI M., *La V^e République et ses monarques*, France, HD-16/9, coul., 59 min, 2013

GUILLAUMIN M., *Les hommes de l'Élysée*, France, coul., 50 min., 2009, diffusion sur la chaîne Public Sénat le 14 juin 2014

HUGUES N., « Duels présidentiels », Documentaire, *INA*, France, HD, coul., 56 min 10 s., 2012

V. Arrêts, avis & décisions

Nota. Certains des arrêts cités ont fait l'objet de commentaires et, pour certains, les conclusions du rapporteur public ou commissaire du Gouvernement furent publiées. Compte tenu du volume que représenterait un recensement exhaustif – si tant est qu'il soit possible et certain –, la liste établie des jurisprudences retenues ici et des références qui les accompagnent est nécessairement partielle. L'index jurisprudentiel (*infra*) permet de connaître les pages de la thèse où sont cités les arrêts, avis et décisions recensés ici.

— 1900 à 1949 —

CE, 26 février 1909, *Élections de Coucy-les-Eppes* : G. JÈZE (note), *RDP*, 1910, p. 67

CE, 12 novembre 1909, *Morelle*, *Rec.* p. 855

CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.* p. 826 : concl. J. TARDIEU, *Rec.* p. 1296 ; reproduites in *D.*, 1911, III, p. 17 ; M. HAURIOU (note), *S.*, 1909, III, p. 145 ; G. JÈZE (note), *RDP*, 1909, p. 494

CE, 13 janvier 1911, *Picquet*, *Rec.* p. 14

CE, 8 mai 1914, *Syndicat des employés civils de l'artillerie et du génie du 14^e corps d'armée*, *Rec.* p. 542

CE, 23 janvier 1920, *Renucci*, *Rec.* p. 94

CE, 26 mars 1920, *Vidal*, *Rec.* p. 328

CE, 16 juillet 1920, *Chirac*, *Rec.* p. 708 : L. CORNEILLE (concl.), *RDP*, 1920, p. 532 ; G. JÈZE (note), *in idem*

CE, 23 février 1923, *Payot*, *Rec.* p. 192

CE, 15 juin 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale du Ministère des colonies*, *Rec.* p. 494

CE, 21 novembre 1923, *Gallon*, *Rec.* p. 744

CE, 20 février 1924, *Brandstetter*, *Rec.* p. 194

CE, 22 décembre 1924, *Castelli*, Rec. p. 1045

CE, 11 mars 1931, *Apcher*, Rec. p. 277 : M. ANDRIEUX (concl.), *RDP*, 1931, p. 135

CE, 1^{er} décembre 1933, *Société Le Nickel*, Rec. p. 1132

CE, 24 janvier 1934, *Veber*, Rec p.116

CE, 3 juillet 1936, *Bobard*, Rec. p. 721 : R. LATOURNERIE (concl.), *D.*, 1937, III, p. 38 ; également reproduites in *RDP*, 1937, p. 684 ; voir P. DELVOLVÉ, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°48

CE, 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire*, Rec. p. 843, concl. M. LAGRANGE : C. EISENMANN (note), *D.*, 1938, III, 49 ; G. JÈZE (note), *RDP*, 1938, p. 121

CE Sect., 16 juin 1944, *Boujasson*, Rec. p. 173

CE, 25 avril 1947, *Ampoulange*, Rec. p. 164

CE, 6 février 1948, *Bonfanti*, Rec. p. 61

CE, 5 novembre 1948, *Dame Naudou*, Rec. p. 524

CE, 27 mai 1949, *Veron Reville*, Rec. p. 246 : R. ODENT (concl.), *Gaz. Pal.*, 1949, 2, p. 34 ; DELPECH (note), *S.*, 1949, 3, p. 81 ; G. LIET-VEAUX (note), *Rev. adm.*, 1949, p. 372 ; ROLLAND (note), *D.* 1949, p. 34

CE, 24 juin 1949, *Nègre*, Rec. p. 304 : J. G. (note), *D.*, 1949, p. 570

— 1950 à 1959 —

CE Sect., 10 mars 1950, *Dauvillier*, Rec. p. 130

CE, 10 mars 1950, *Syndicat autonome du personnel de l'expansion économique à l'étranger*, Rec. p. 156

CE, 30 juin 1950, *Massonau*, Rec. p. 400, concl. J. DELVOLVÉ

CE, 6 février 1952, *Cazarré*, Rec. p 87

CE, 13 novembre 1952, *Jugeau*, Rec. p. 506

CE, 19 décembre 1952, *Demoiselle Mattéi*, Rec. p. 594

CE Ass., 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. p. 133 : J. DONNEDIEU DE VABRES (concl.), *D.*, 1953, p. 735 ; voir P. DELVOLVÉ, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°67

CE Ass., 14 mai 1954, *Clavel*, *Rec.* p. 270, concl. LAURENT : MARION (note), *D.*, 1954, p.574 ; M. WALINE, *RDP*, 1954, p. 801

CE, 1^{er} octobre 1954, *Guille*, *Rec.* p. 496 : LAURENT (concl.), *Rev. adm.*, 1954, p. 512 ; G. BRAIBANT (note), *D.*, 1955, p. 431

CE, 7 janvier 1955, *Ged*, *Rec.* p. 11 : C. MOSSET (concl.), *D.* 1955, p. 71

CE, 22 février 1957, *Société coopérative de reconstruction de Rouen*, *Rec.* p. 126

CE, 5 juillet 1957, *Anglade*, *Rec.* p. 452 : M. TRICOT (concl.), *D.*, 1957, p. 545

CE, 14 novembre 1957, *Bodin*, *Rec.* p. 609

CE Sect., 10 janvier 1958, *Deville*, *Rec.* p. 27

CE, 19 décembre 1958, *Sieur X*, *D.* 1959, I, p. 558 : R. BOURDONCLE (note), *D.* 1959, I, p. 558 ; M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT (chron.), *AJDA*, 1959, p. 31

CE, 2 janvier 1959, *Marine*, *Rec.* p. 3

CE, 10 avril 1959, *Fourré-Cormeray*, *Rec.* p. 233 : M. HEUMANN (concl.), *D.*, 1959, III, p. 210 ; M. WALINE (note), *RDP*, 1959, p. 1223

CE Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, *Rec.* p. 516

— 1960 à 1969 —

Cons. const., décis. n°60-6 DC du 15 janvier 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958*, cons. 1, *JORF* du 20 janvier 1960, p. 629, *Rec.* p. 21 : L. HAMON, *D.*, 1960, *Jur.*, p. 293 ; M. ROUSSET, *S.*, 1960, p. 247

CE, 12 février 1960, *Société Eky*, *Rec.* p. 101 : J. KAHN (concl.), *S.*, 1960, p. 131 ; J. L'HUILLIER (note), *D.*, 1960, p. 236 ; G. VEDEL (note), *JCP*, 1960, II, 11629 *bis*

CE, 1^{er} décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, *Rec.* p. 676

Cons. const., décis. n°61-16 DC du 22 décembre 1961, *Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*, *JORF* du 3 janvier 1962, p. 26, *Rec.* p. 24 : L. HAMON, *S.*, 1963, p. 305

CE, 7 février 1962, *Campagne*, *AJDA*, 1962, p. 446

CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, *Rec.* p. 143 : HENRY (concl.), *JCP*, 1962, II, 12613 ; voir P. DELVOLVÉ, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°78

CE Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, Rec. p. 279 et CE Ass., 27 avril 1962, *Syndicat national des élèves conseillers et conseillers au travail et à la législation sociale et autres*, Rec. p. 276 : J.-M. GALABERT et M. GENTOT (chron.), *AJDA*, 1962, p. 284

CE, 31 octobre 1962, *Gravas*, Rec. p. 581

CE, 2 novembre 1962, *Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce de la Sidérurgie de l'Est*, Rec. p. 589

Cons. const., décis. n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *JORF* du 7 novembre 1962, p. 10778, Rec. p. 27 : voir M. VERPEAUX *et alii.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, n°4 ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA *et alii.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°13

CE, 18 mars 1963, *Sertillange*, Rec. p. 191

CE, 26 juin 1963, *Malezieux*, *AJDA*, 1963, p. 641 : SILVERA (note), *AJDA*, 1963, p. 641

CE Sect., 28 juin 1963, *Bardon*, Rec. p. 413 : *AJDA*, 1963, p. 52

CE, 23 octobre 1964, *d'Oriano*, Rec. p. 486 : M. BERNARD (concl.), *RDP*, 1965, p. 282 ; M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET (chron.), *AJDA*, 1964, p. 684 ; D. RUZIÉ (note), *D.*, 1965, p. 9

CE, 10 février 1965, *Pontillon*, Rec. p. 92

CE Sect., 12 novembre 1965, *Baudier*, Rec. p. 611

CE, 12 novembre 1965, *Davéo*, Rec. p. 610

CE Sect., 10 juin 1966, *Pelon*, Rec. p. 384 : J.-M. GALABERT (concl.), *AJDA*, 1966, p. 492 ; LECLERCQ (note), *D.*, 1967, p. 280

Cons. const., décis. n°67-31 du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 4 et 5, *JORF* du 19 février 1967, p. 1793, Rec. p. 19 : voir P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA *et alii.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°28

CE Sect., 24 février 1967, *de Maistre*, Rec. p. 91, J. RIGAUD (concl.), *JCP*, 1967, II, 15068 ; G. PEISER (obs.), *AJDA*, p. 342

CE Sect., 17 mars 1967, *Sanbæuf*, Rec. p. 132

CE, 29 janvier 1969, *Dame veuve Chanebout*, Rec. p. 43

CE, 23 avril 1969, *Prat et ville de Toulouse*, Rec. p. 219

— 1970 à 1979 —

CE, 18 juin 1971, *Garde des Sceaux c./ Vannière*, Rec. p. 449

CE Ass., 3 décembre 1971, *Sieur Branger*, Rec. p. 737 : H. MAISL (note), *AJDA*, 1972, p. 114

CE, 12 janvier 1972, *Caisse des dépôts c./ Sieur Picot*, Rec. p. 33

CE, 27 octobre 1972, *Ministre de la Santé publique et de la sécurité sociale c./ Dlle Écarlat*, Rec. p. 682 : MODERNE (note), *RDSS*, 1972, p. 542

CE, 17 janvier 1973, *Sieur Cazelles*, Rec. p. 43 : SILVERA (note), *AJDA*, 1973, p. 597

CE, 27 avril 1973, *Demoiselle Serre*, Rec. p. 302 : H. MAISL (note), *AJDA*, 1973, p. 487

Cons. const., décis. n°73-49 DC du 17 mai 1973, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, JORF du 27 mai 1973, p. 5759, Rec. p. 15 : G. BERLIA, *RDP*, 1973, p. 1031

CE, 20 janvier 1975, *Élection des représentants du personnel au conseil d'administration du CES François Mauriac à Louvres*, Rec. p. 40 : B. PACTEAU (note), *D.*, 1976, p. 72

CE, 24 janvier 1975, *Association française des hémophiles*, Rec. p. 52

CE, 23 janvier 1976, *François*, Rec. p. 53 : *AJDA*, 1976, p. 575

Cour Suprême des États-Unis, 30 janvier 1976, *Buckley vs. Valeo* (424 U.S. 1, 1976) : voir É. ZOLLER, *Les Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 1^{re} éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, n°31

CE Sect., 9 avril 1976, *Conseil des parents d'élèves des écoles publiques de la mission universelle et culturelle française au Maroc et autres*, Rec. p. 192 : SCHLUTZ (note), *D.*, 1977, p. 240

CE, 5 mai 1976, *Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées USACA-CFDT*, Rec. p. 228 : *RDP*, 1976, p. 1351

CE, 25 juin 1976, *Gaillard*, Rec. T. p. 982

CE Sect., 17 février 1978, *Nicoud*, Rec. p. 83

CE, 26 avril 1978, *Minjoz*, Rec. p. 186 : J. MASSOT (concl.), *AJDA*, 1978, p. 673

CE, 29 décembre 1978, *Association générale des attachés d'administration centrale*, Rec. p. 535 : S. S. (note), *AJDA*, 1979, p. 44

CE, 6 avril 1979, *Picot*, *Rec.* p. 768 : S. SALON (obs.), *AJDA*, 1979, p. 41

— 1980 à 1989 —

CJCE, 17 décembre 1980, *Commission des Communautés européennes c./ Royaume de Belgique*, aff. n°149/79, *Rec.* p. 3881 : J. BOULOUIS (note), *AJDA*, 1981, p. 137 ; G. DRUESNE (note), *RTDE*, 1981, p. 286

CE Ass., 15 mai 1981, *Maurice*, *Rec.*, p. 221 : A. BACQUET (concl.), *AJDA*, 1982, p. 86 ; P. BLONDEL et F. JULIEN-LAFERRIÈRE (note), *D.*, 1981, p. 147 ; P. DELVOLVÉ (obs.), *D.*, 1981, IR, p. 523

CE, 28 mai 1982, *Roger*, *Rec.* p. 192 : B. PACTEAU (note), *Rev. adm.*, 1982, p. 625

Cons. const., décis. n°82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, *JORF* du 15 janvier 1983, p. 354, *Rec.* p. 35 : L. FAVOREU, *RDP*, 1983, p. 333 ; P.-M. GAUDEMET, *AJDA*, 1983, p. 312

Cons. const., décis. n°84-179 DC du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, *JORF* du 14 septembre 1984, p. 2908, *Rec.* p. 73 : F. BENOÎT-ROHMER, *D.*, 1986, p. 97 ; J. BOULOUIS, *AJDA*, 1984, p. 682 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1986, p. 395 ; L. HAMON, *D.*, 1985, p. 360

CE, 20 février 1985, *Syndicat CGT-FO du personnel des Affaires étrangères*, *Rec. T.*, p. 676

CE, 14 mai 1986, *Rochaix*, *Rec.* p. 574 : C. GABOLDE (note), *JCP* 1987, II, 20715 ; B. PACTEAU (note), *LPA*, 1987, p. 5

CJCE, 3 juin 1986, *Commission des communautés c./ France*, aff. n°307/84, *Rec.* p. 1725 : J. ARRIGHI DE CASANOVA (note), *AJDA*, 1987, p. 44 ; L. DUBOIS (étude), *RFDA*, 1987, p. 949

CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum c./ Land Bade-Württemberg*, aff. n°66/85, *Rec.* p. 2121 : L. CARTOU (obs.), *D.*, 1986, p. 452

Cons. const. décis. n°86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi de réforme du régime de la presse*, *JORF* du 30 juillet 1986, p. 9393, *Rec.* p. 110 : P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1987, p. 179 ; R. ETIEN, *Rev. adm.*, 1986, p. 458 et 564 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 399 ; B. GENEVOIS, *AJJC*, 1986, p. 432 et 439 ; G. PEPY, *AJDA*, 1986, p. 527

Cons. const., décis. n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *JORF* du 19 septembre 1986, p. 11294, *Rec.* p. 141 : R. ETIEN, *Rev. adm.*, 1986, p. 458 et p. 564 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 399 ; P. WACHSMANN, *AJDA*, 1987, p.102

CE, 10 décembre 1986, *Loredon*, *Rec.*, p. 516, M. AZIBERT et M. BOISDEFFRE (chron.), *AJDA*, 1987, p. 91

CE, 6 mars 1987, *Confédération nationale du logement du Nord Pas de Calais*, Rec. T. p. 897

CE, 16 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants de médecine*, Rec. p. 311, concl. S. DAËL : R. CHAPUS, D., 1988, p. 199-200

CE, 20 mai 1988, *Syndicat national des cadres hospitaliers FO*, Rec. p. 197

CE Ass., 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils c./ Dupavillon*, Rec. p. 449 et CE Ass., 16 décembre 1988, *Bleton c./ Sarazin*, Rec. p. 451, concl. C. VIGOUROUX : reproduites in *RFDA*, 1989, p. 522 ; M. AZIBERT et M. DE BOISDEFRE (chron.), *AJDA*, 1989, p. 102 ; A. BALDOUS, J.-P. NÉGRIN et F. DIETSCH (comm.), *RFDA*, 1989, p. 522 ; C. GABOLDE (note), *JCP G*, 1989, II, 21228

Cons. const., décis. n°89-259 DC du 26 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JORF du 28 juillet 1989, p. 9505, Rec. p. 66 : B. GENEVOIS, *AIJC*, 1989, p. 484 ; D. TURPIN, *LPA*, 26 janv. 1990, p. 4

CE Ass., 22 décembre 1989, *Morin*, Rec. p. 279 : E. HONORAT et E. BAPTISTE (chron.), *AJDA*, 1990, p. 90

Cons. const., décis. n°89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, JORF du 30 décembre 1989, p. 16498, Rec. p. 110 : R. ETIEN, *Rev. adm.*, 1990, p. 426 ; B. GENEVOIS, *RFDA*, 1990, p. 143 ; L. PHILIP, *Droit fiscal*, 1990, p. 464

— 1990 à 1999 —

Cons. const., décis. n°89-264 DC du 9 janvier 1990, *Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993*, JORF du 11 janvier 1990, p. 463, Rec. p. 9 : L. FAVOREU, *RFDC*, 1990, p. 323 ; M. PAILLET, *LPA*, juillet 1990, n°81, p. 32

Cons. const., décis. n°89-269 DC du 9 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, JORF du 24 janvier 1990, p. 972, Rec. p. 33 : F. BENOÎT-ROHMER, *AJDA*, 1990, p. 471 ; L. DUBOIS, 1990, p. 637 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 1990, p. 330 ; B. GENEVOIS, *RFDA*, 1990, p. 406 ; X. PRÉTOT, *RDSS*, 1990, p. 437 ; du même, *Dr. soc.*, 1990, n°4, p. 352 ; M. SIMON-DEPITRE, *RGDI publ.*, 1990, p. 497

CE, 5 février 1990, *Brancourt*, Rec. p. 844

CE, 11 mai 1990, *Fédération générale des fonctionnaires FO*, Rec. p. 121

CE Sect., 29 mars 1991, *Fraisse et autres*, Rec. p. 112 : C. DE MONGOLFIER (concl.), *RFDA*, 1992, p. 104

CE, 5 juin 1991, *Association « Amicale des magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes »*, Rec. T. p. 994 : Ch. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ (chron.), *AJDA*, 1991, p. 509

CE, 15 novembre 1991, *Mauduech*, Rec. p. 395

- Cons. const., décis. n°92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, JORF du 29 février 1992, p. 3122, Rec. p. 27** : F. LUCHAIRE, *RDP*, 1992, p. 389 ; T. S. RENOUX, *RFDC*, 1992, p. 318 ; du même, *Gaz. pal.*, 5 et 6 mai 1993, n^{os}125 et 126, p. 7
- CE Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, Rec. p. 328**, concl. M.-C. KESSLER : reproduites in *RDP*, 1992, p. 1789 ; P. CÉLÉRIER (note), *LPA*, 21 octobre 1992, p. 11 ; O. GOHIN (note), *D.*, 1993, p. 293 ; A.-M. LE BOS-LE POURHIET (note), *RDP*, 1992, p. 1822 ; C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ (chron.), *AJDA*, 1992, p. 643 ; D. POUYAUD (note), *RFDA*, 1993, p. 55 ; M.-T. VIEL, *AJDA*, 1994, p. 904
- CE, 7 octobre 1992, *Reverdy*, Rec. p. 355** : X. VANDENDRIESSCHE (note), *JCP*, 1993, II, 21978 ; *Dr. adm.*, 1992, n°480
- CE, 23 novembre 1992, *Portier*, Rec. p. 1042**
- CE Ass. (avis), n°355.255 du 18 novembre 1993, *France Télécom, Statut des agents*, EDCE, 1993, n° 45, p. 320** : voir Y. GAUDEMET *et alii* (dir.), *Les Grands Avis du Conseil d'État (GACE)*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, n°24 ; plus récemment, voir A. ROBLOT-TROIZIER, *AJDA*, 2013, p. 584
- CE, 26 novembre 1993, *Bidalou*, (inédit), req. n°102763**
- CE 3 déc. 1993, *Meyet et Bidalou*, Rec. p. 339** : *Dr. adm.*, 1994, n° 48
- Cons. const., décis. n°93-337 DC du 27 janvier 1994, *Loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature*, JORF du 1^{er} février 1994, p. 1776, Rec. p. 55** : F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *RFDC*, 1995, p. 161 ; M. VERPEAUX, *LPA*, 31 mars 1995, n°39, p. 8
- CE, 23 mars 1994, *Feyel*, Rec. p. 150**
- CE, 23 mars 1994, *Comité d'entreprise de la Régie nationale des usines Renault*, Rec. 152** : *RFDA*, 1994, p. 618 ; *D.*, 1994, p. 140 ; M.-T. VIEL (note), *AJDA*, 1994, p. 904
- CE, 27 avril 1994, *Époux Allamigeon et époux Pageaux*, Rec. p. 191** : M.-T. VIEL (note), *AJDA*, 1994, p. 904
- CE, 8 juin 1994, *Laurent*, Rec. p. 1137 et 1265**
- CE, 25 novembre 1994, *Cuttat*, Rec. T. p. 1006**
- CE, 13 janvier 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, Rec. p. 23** : X. PRÉTOT (note), *RDP*, 1995, p. 1091
- CE Ass., 14 avril 1995, *Caisse autonome de retraite des médecins français*, Rec. p. 181**
- CE, 7 juin 1995, *Delaunay*, Rec. T. p. 626**

Cons. const., décis. n°95-177 L du 8 juin 1995, *Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en Conseil des ministres*, *JORF* du 10 juin 1995, p. 9008, *Rec.* p. 211 : J.-P. CAMBY, *LPA*, 15 novembre 1995, p. 26 ; L. FAVOREU, *RFDC*, n°23, p. 584 ; F. LUCHAIRE, *RDP*, 1995, p. 1 ; O. SCHRAMECK, *AJDA*, 1995, p. 517

Cour constitutionnelle de Bulgarie, décis. n°25 du 21 décembre 1995

CE, 9 septembre 1996, *Min de la Défense c./ Collas et autres*, *Rec.* p. 347 : O. GOHIN (note), *D.*, 1997, p. 129

CE, 29 janvier 1997, *Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur*, *AJDA*, 1997, p. 297 : R. SCHWARTZ (concl.), *in idem*

CE, 30 juillet 1997, *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée*, *Rec.* p. 304 : *RFDA*, 1997, p. 1100

CE, 3 juillet 1998, *Commune de la Bruguière*, *Rec.* p. 286 : *EDCE*, 1999, p. 44 ; *RFDA*, 1998, p. 1062 ; J.-C. BONICHOT, *Dr. adm.*, 1998, p. 378 ; PÉLISSIER (note), *Quot. jur.*, 1998, n°98, p. 2

CE Sect., 25 septembre 1998, *M. Mégret*, *Rec.* p. 341 : L. BAGHESTANI-PERREY et M. VERPEAUX, *RFDA*, 1999, p. 345 ; J. GICQUEL (note), *LPA*, 2 juin 1999, n°109 ; P. JAN, *LPA*, 20 juillet 1999, n°143, p. 23 ; F. LEMAIRE, *AJDA*, 1999, p. 240 ; Ch. MAUGÜÉ (obs.), *Dr. adm.*, 1999, n°16 ; PETIT (chron.), *JCP*, 1999, I, 675 ; F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *AJDA*, 1999, p. 414

Cons. const., décis. n°98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, *JORF* du 24 janv. 1999, p. 1317, *Rec.* p. 29 : P. AVRIL, *RFDA*, 1999, p. 715 ; D. CHAGNOLLAUD, *RDP*, 1999, p. 1669 ; C. DEBBASCH, *D.*, 2002, p. 237 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 1999, p. 324 ; B. GENEVOIS, *RFDA*, 1999, p. 285 et p. 717 ; M. LONG, *RFDC*, 2003, p. 877 ; F. LUCHAIRE, *RDP*, 1999, p. 457 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *D.*, 1999, Actu., p. 9 ; J.-É. SCHOETTL, *AJDA*, 1999, p. 230 et p. 266 ; M. TROPER, *RDP*, 1999, p. 325

CE, 9 avril 1999, *Mme Ba*, *Rec.* p. 124 : F. SALAT-BAROUX (concl.), *RFDA*, 1999, p. 566 ; J.-P. CAMBY, *RDP*, 1999, p. 1573 ; F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, (chron.), *AJDA*, 1999, p. 409 ; J. ROBERT (note), *CCC*, n°7, p. 109 ; P. SERRAND, (note), *D.*, 2000, p. 335

— 2000 à 2009 —

Cons. const., décis. n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi relative à la liberté de communication*, *JORF* du 2 août 2000, p. 11922, *Rec.* p. 121 : N. JACQUINOT, *RFDC*, 2001, p. 86 ; J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 31 juillet 2000, n°151, p. 12

Cons. const., décis. n°2000-26 REF du 6 septembre 2000, *M. Hauchemaille*, *JORF* du 9 septembre 2000, p. 14164, *Rec.* p. 140 : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *AJJC*, 2000, p. 695 ; R. GHEVONTIAN, *RFDA*, 2000, p. 1004 ; B. MALIGNER, *Dr. adm.*, 2000, p. 4 ; A. ROUX, *RFDC*, 2000, p. 840 ; J.-E. SCHOETTL, *LPA*, 13 septembre 2000, p. 15

CE, 15 décembre 2000, Fabre et Renaud, Rec. p. 610 : *Rev. Trésor*, 2002, p. 308 ; *RFDA*, 2001, p. 487

CE, 26 février 2001, Nentien, RFDA, 2001, p. 532

Cass., AP, n°01-84.922, 10 octobre 2001, M. Breisacher, Bull. crim., p. 660 : voir M. VERPEAUX *et alii.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, n°16, p. 133

CE Ass., 26 octobre 2001, Ternon, Rec. p. 497, concl. F. SÉNERS : voir P. DELVOLVÉ, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et alii.*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°105

Cons. const., décis. n°2002-19 ELEC du 22 mai 2002, M. Hauchemaille et Association DECLIC, JORF du 25 mai 2002, p. 9547, Rec. p. 127 : R. GHEVONTIAN, *D.*, 2003, p. 1131 ; J.-É. SCHOETTL, *LPA*, 4 juin 2002, p. 13

CE, 22 janvier 2003, Pezzati, Rec. p. 898

CE Sect., 4 décembre 2003, Feler, Rec. p. 491 : J.-P. THIELLAY (concl.), *RFDA*, 2004, p. 549 ; *D.*, 2004, p. 105 ; D. MAILLARD DESGRÈES DU LOU (note), *JCP A.*, 2004, p. 1258 ; F. MELLERAY (note), *AJDA*, 2004, p. 154 ; M. VERPEAUX (note), *AJDA*, 2004, p. 594

CE Sect., 30 décembre 2003, Mocko, Rec. p. 535

CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Rec. p. 197, concl. C. DEVYS : voir P. DELVOLVÉ, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et alii.*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°110

CE, 13 mai 2005, Hoffer, Rec. p. 200 : M.-Ch. DE MONTECLER (obs.), *AJDA*, 2005, p. 1031

CE, 16 septembre 2005, Hoffer, Rec. T. p. 894 : F. SÉNERS (concl.) et TOUVET (obs.), *BJCL*, 2005, p. 717 ; TOUVET (note), *AJDA*, 2005, p. 2237

Cons. const., décis. n°2006-544 DC du 14 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, JORF du 22 décembre 2006, p. 19356, Rec. p. 129 : CCC, 2007, n°22, p. 32 ; F. AUBERT, *AJDA*, 2006, p. 2426 ; J.-P. CAMBY, *RDP*, 2007, p. 571 ; P. LUPPI, *RFDC*, p. 749 ; B. MATHIEU, *JCP G.*, 2007, p. 3 ; J.-É. SCHOETTL, *RFDA*, 2007, p. 134

Tribunal constitutionnel polonais, jugement n° K4/06 du 23 mars 2006, OTK ZU 2006, n°3 A, p. 32 : P. BON et D. MAUS, *Les Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, p. 613 et s.

CE Ass., 31 mai 2006, Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères, Rec. p. 274 : T. OLSON (concl.), *AJDA*, 2006, p. 1899

CE, 18 oct. 2006, Zamphiroff (inédit), req. n°286736, AJDA, 2007, p. 55 : M. GUYOMAR (note), *Cah. fonct. publ.*, n°261, 2006, p. 38

CE, 20 décembre 2006, Mathieu, Rec. T.

CE, 12 déc. 2007, *Sire*, *Rec.* p. 471 et CE, 12 déc. 2007, *Vignard*, *Rec.* p. 197 : M. GUYOMAR (concl.), *AJDA*, 2008, p. 638 ; F. BOTTINI (comm.), *RDP*, 2009, p. 1157 ; P.-O. CAILLE (note), *D.*, 2008, p. 1457

Cons. const., décis. n°2008-572 DC du 8 janvier 2009, *Loi organique portant application de l'article 25 de la Constitution*, *JORF* du 14 janvier 2009, p. 723, *Rec.* p. 33 : CCC, 2009, n°26, p. 96 ; R. GHEVONTIAN et S. LAMOUREUX, *RFDC*, 2009, p. 576

CE Sect., 6 mars 2009, *Coulibaly*, *Rec.* p. 79, concl. C. DE SALINS : reproduites in *RFDA*, 2009, p. 215 ; G. EVEILLARD (note), *RFDA*, 2009, p. 439 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI (chron.), *AJDA*, 2009, p. 817 ; F. MELLERAY (obs.), *Dr. adm.*, 2009, n°64 ; B. PLESSIX (chron.), *JCP*, 2009, n°26 ; N. SUDRES, *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n°47, 2009, p. 50

Cons. const., décis. n°2009-576 DC du 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*, *JORF* du 7 mars 2009, p. 4336, *Rec.* p. 62 : CCC, 2009, n°26, p. 109 ; O. LE BOT, *RFDC*, 2009, p. 587 ; A. LEVADE, *D.*, 2009, p. 884 ; M. VERPEAUX, *JCP G.*, 2009, p. 15

Cons. const., décis. n°2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, *JORF* du 7 mars 2009, p. 4336, *Rec.* p. 64 : J.-P. CAMBY, *RDP*, 2011, p. 921 ; A. LEVADE, *D.*, 2009, p. 884 ; A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDA*, 2009, p. 585 ; O. LE BOT, *RFDC*, 2009 p. 587 ; L. VALLÉE, *Revue de droit fiscal*, 2009, p. 39 ; M. VERPEAUX, *JCP G.*, 2009, p. 15

CE Ass., 8 avril 2009, *F. Hollande et D. Mathus*, *Rec.* p. 140 : C. DE SALINS (concl.), *RFDA*, 2009, p. 580 ; voir M. VERPEAUX *et alii.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, n°17

Cons. const., décis. n°2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, *JORF* du 28 juin 2009 p. 10867, *Rec.* p. 120 et Cons. const., décis. n°2009-582 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, conforter le pluralisme sénatorial et rénover les méthodes de travail du Sénat*, *JORF* du 28 juin 2009, p. 10871, *Rec.* p. 132 : voir P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA *et alii.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°5

— 2010 à 2015 —

CE, 2 mars 2010, *Dalongeville*, *Rec.* p. 65 : *Dr. adm.*, 2010, n°72 ; C.-A. DUBREUIL (note), *JCP A.*, 2010, p. 2281 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI (chron.), *AJDA*, 2010, p. 664

Cons. const., décis. n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*, *JORF* du 19 juin 2010, p. 11149, *Rec.* p. 114 : A. BARILARI, *Constitutions*, 2010, p. 597 ; J. BOUCHER, *RFDA*, 2010, p. 704 ; C. DE LA MARDIÈRE, *Constitutions*, p. 419 ; L. PHILIP, *RFDC*, 2010, p. 824

- Cons. const., décis. n°2010-609 DC du 12 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, *JORF* du 24 juillet 2010, p. 13669, *Rec. p. 143* et Cons. const., décis. n°2010-610 DC du 12 juillet 2010, *Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, *JORF* du 24 juillet 2010, p. 13670, *Rec. p. 146* : H. JOZEFOWICZ, *Politeia*, n°17, 2010, p. 413 ; M. VERPEAUX et L. SPONCHIADO, *JCP G.*, 2010, n°35, p. 1549
- CE Sect., 1^{er} octobre 2010, *Tacite*, *Rec. p. 350* : M. GUYOMAR (concl.), *Gaz. Pal.*, 20-21 octobre 2010, n°294, p. 16 ; S. A. NDIAYE (note), *AJFP*, 2011, p. 141 ; F. MELLERAY (comm.), *Dr. adm.*, n°12, 2010, p. 153 ; H. PAULIAT, *RDP*, 2011, p. 559
- CE Sect., 30 décembre 2010, *Robert*, *Rec. p. 350* : AJDA, 2011, p. 4 ; M. GUYOMAR (note), *Gaz. Pal.*, n°19/20, 2011, p. 16 ; F. MELLERAY (note), *Dr. adm.*, 2011, n°25
- Cons. const., décis. n°2010-94 QPC du 28 janvier 2011, *Casanova [Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique]*, *JORF* du 29 juillet 2011, p. 1896, *Rec. p. 91* : P. BOUTELET (obs.), *AJFP*, 2011, p. 154 ; O. LE BOT (obs.), *Constitutions*, 2011, p. 384
- CE, 25 février 2011, *Casanovas*, *Rec. T. p. 196*, *AJDA*, 2011, p. 418 : M. TOUZEIL DIVINA (comm.), *Gaz. Pal.* 2011, p. 832
- CE, 4 mai 2011, *SYNDEAC*, mentionné aux *Tables*
- Cons. const., décis. n°2010-611 DC du 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, *JORF* du 23 juillet 2010, p. 13583, *Rec. p. 148* : D., 2010, p. 1799 ; J. BENETTI, *Constitutions*, 2010, n°4, p. 505
- Cons. const., décis. n°2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, *JORF* du 30 mars 2011, p. 5507, *Rec. p. 165* : B. DELAUNAY, *AJDA*, 2011, p. 817 ; M. VERPEAUX, *JCP G.*, 2011, p. 823
- Cons. const., décis. n°2011-628 DC du 12 avril 2011, *Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs*, *JORF* du 19 avril 2011, p. 6836, *Rec. p. 201* : A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, *Constitutions*, 2011, n°3, p. 316
- CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières*, *Rec. p. 655* : G. DUMORTIER (concl.), *AJFP*, 2012, p. 71 ; *AJDA*, 2012, p. 10 ; B. PACTEAU, *RFDA*, 2012, p. 115
- CE Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, *Rec. p. 649* et CE Sect., 23 décembre 2011, *Danthony*, *Rec. p. 653* : G. DUMORTIER (concl.), *RFDA*, 2012, p. 284 ; voir P. DELVOLVÉ, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°118
- CE, 16 mai 2012, *Jurien de Gravière*, *Rec. T. p. 802*
- CE, 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration au ministère de l'intérieur*, *Rec. p. 275* : N. ESCAUT (concl.), *RFDA*, 2012, p. 953 ; *AJDA*, 2012, p. 1373 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU (chron.), *AJDA*, 2012,

p. 1624 ; Ch. FORTIER (obs.), *AJFP*, 2012, p. 310 ; A. LEGRAND, (note), *D.*, 2012, p. 2432 ; F. MELLERAY (note), *Dr. adm.*, 2012, p. 83

CE, 23 juillet 2012, Syndicat CFDT ministère des Affaires étrangères, Rec. T. p. 803, AJDA, 2012, p. 1483

Cons. const., décis. n°2012-278 QPC du 5 octobre 2012, Mme Élisabeth B. [Condition de bonne moralité pour devenir magistrat], JORF du 6 octobre 2012, p. 15655, Rec. p. 511 : I. BOUCOBZA, *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 11 octobre 2012, 3 p.

Cons. const., décis. n°2012-658 DC du 13 décembre 2012, Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, JORF du 18 décembre 2012, p. 19856, Rec. p. 667 : voir P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA *et alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2013, n°26

Cons. const., décis. n°2012-663 DC du 27 décembre 2012, Loi organique relative à la nomination du directeur général de la société anonyme BPI-Groupe, JORF du 1^{er} janvier 2013, p. 53, Rec. p. 711

CE, 28 décembre 2012, Cerfontaine, Rec. T. p. 784 et p. 802

CE Sect., 18 janvier 2013, Syndicat de la magistrature, AJDA, 2013, p. 142 : S. BIAGINI-GIRARD (note), *JCP A.*, 2013, p. 2128 ; M. GUYOMAR (note), *Gaz. Pal.*, 28 févr. 2013 ; M.-Ch. DE MONTECLER (obs.), *AJDA*, 2013, p. 142

Cour EDH, aff. n°26118/10 du 14 mars 2013, Eon c./ France, D., 2013, p. 68 : O. BEAUD, *AJDA*, 2014, p. 25 ; E. DERIEUX (obs.), *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, avr. 2013, p. 26

Cons. const., décis. n°2013-675 DC du 9 octobre 2013, Loi organique relative à la transparence de la vie publique, JORF du 12 octobre 2013, p. 16838 : J. BENETTI, *AJDA*, 2014, 157 ; R. GHEVONTIAN, *RFDC*, 2014, p. 665 ; J.-É. GICQUEL, *JCP G.*, 2013, p. 2020 ; A. LAUDE, *D.*, 2013, p. 2483 ; M. VERPEAUX, *JCP A.*, 2014, p. 27

CE, 29 octobre 2013, Vidon, Rec. p. 259 : *AJDA*, 2013, p. 2183 ; *JCP A.*, 2013, p. 887

Cons. const., décis. n°2013-677 DC du 14 novembre 2013, Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JORF du 16 novembre 2013, p. 18633 : S. DE CACQUERAY, *RFDC*, 2014, p. 671 ; J.-F. KERLÉO, *Politeia*, n°25, 2014, p. 77

CE, 20 janvier 2014, Krikorian (inédit), req. n°372883

CE, 26 février 2014, R. Debbasch (inédit), req. n°364153 : C. MONIOLLE (note), *JCP G.*, n° 12, 2014, p. 547 ; B. TOULEMONDE (note), *AJDA*, 2014, p. 936

Cons. const., décis. n°2014-690 DC du 13 mars 2014, Loi relative à la consommation, JORF du 18 mars 2014, p. 5450 : *AJDA*, 2014, p. 589 ; *D.*, 2014, p. 660 ; CCC, 2014, n°4, p. 3 ; É. BONIS-GARÇON (note), *NCCC*, 2014, n°44, p. 113 ; V. LEGRAND, *LPA*, 2014, n°83, p. 7 ; T. PIAZZON (note), *NCCC*, 2014, n°44, p. 117 ; G. SUTTER, *Constitutions*, 2014, p. 17

Cons. const., décis. n°2014-697 DC du 24 juillet 2014, *Loi organique relative à la nomination des dirigeants de la SNCF*, JORF du 5 août 2014, p. 12965

VI. Sites internet

Académie française	http://www.academie-francaise.fr/
Archive ouverte HAL	https://hal.archives-ouvertes.fr/
Assemblée nationale	http://www.assemblee-nationale.fr/
Commission de Venise, Conseil de l'Europe	http://www.venice.coe.int
Congressional Research Service	http://www.loc.gov/crsinfo/
Conseil constitutionnel	http://www.conseil-constitutionnel.fr/
Digithèque des matériaux juridiques et politiques (MJP)	http://mjp.univ-perp.fr/constit/constitintro.htm
Fondation Charles DE GAULLE	www.charles-de-gaulle.org/
Gallica	http://gallica.bnf.fr/
Google Books	https://books.google.fr/
Jus Politicum et Encyclopédie de droit politique	http://droitpolitique.com/
La Vie des idées	www.laviedesidees.fr/
Légifrance	http://www.legifrance.gouv.fr/
Observatoire du discours présidentiel français de 1958	http://mesure-du-discours.unice.fr/presidents/
Persée	www.persee.fr/
Présidence de la République	www.elysee.fr/
Revue.org	www.revues.org/
Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti	http://www.rivistaaic.it/
Sénat	www.senat.fr/
Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)	http://atilf.atilf.fr/tlf.htm

Index

INDEX ONOMASTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages.

Au-delà de la page 570, ils correspondent aux témoignages recueillis en Annexe 2.

Nota : Les auteurs dont les travaux sont utilisés dans la thèse ne figurent pas dans cet index qui répertorie le nom de celles et ceux qui ont été nommés et/ou que nous citons pour leur action historique et politique.

A	
ARDANT Philippe.....	48
ARGOUT Antoine	407
ATTALI Jacques	136, 412, 640, 660
AURILLAC Michel.....	276, 282
AURIOL Vincent	18
AYRAULT Jean-Marc	295, 307, 387, 437
B	
BACON Paul	275
BADINTER Robert	656
BALLADUR Édouard	
- Premier ministre.....	136, 165, 309, 647, 664
- Secrétaire Général adjoint de l'Élysée.....	608
BARDOUX Jacques	92, 617
BARÈGES Brigitte	308
BARNAVE Antoine	107
BARRE Raymond.....	137, 345, 590, 614, 618
BATHO Delphine.....	437
BAUCHET Jacqueline.....	434
BAUMET Gilbert	307
BAUMGARTNER Wilfrid	345
BAZY-MALAUURIE Claire	521
BÉDIER Pierre.....	308
BELIN Roger	133, 283, 285, 379, 612
BENAMOU Georges-Marc	471
BÉRÉGOVOY Pierre	
- ministre	637-40
- Premier ministre.....	295, 414
- Secrétaire Général de l'Élysée	295, 618
BERTHOIN Jean	275
BERTRAND Louis	282
BIANCO Jean-Louis.....	414, 590, 659-66
BILLY Jean-Paul.....	523
BLANC Patricia.....	437
BLOCH-LAINÉ François	345
BLOCQ-MASCART Maxime	278, 284
BOITREAU Jacques	282
BONAPARTE Napoléon (Napoléon I ^{er}).....	48
BOUBAKER Hamza	278
BOUILLOT Isabelle	435
BOULLOCHE André.....	275
BOUR Jules	278
BRASSENS Georges	347
BRIOT Nicole.....	435
BROIZAT Joseph.....	407
BROSSOLETTE Pierre	184
BUKSPAN Élisabeth	435
BURGORGUE-LARSEN Laurence	48
BURNAY Jean	202, 284
BURON Robert.....	275
BUSH George H. W.....	510
C	
CADOUX Louise.....	434

CAMPANA Marcelle.....	435	DAYAN Paul.....	373
CASSIN René.....	126, 187, 207, 211, 283	DE GAULLE ANTHONIOZ Geneviève.....	184
CHABAN-DELMAS Jacques ...	136, 163, 294, 397, 614	DE GAULLE Charles.....	98
CHALLE Maurice.....	407	- Président de la République ...	98, 109, 117, 158, 184, 194, 218, 225, 231, 293, 411, 434, 595, 598, 610, 617, 657
CHANDERNAGOR André.....	282	- Président du Conseil .	96, 125, 270–79, 285–88, 379
CHARASSE Michel	414, 415, 508, 590, 643–57, 660, 662	- Résistance et GPRF	270
- Membre du Conseil constitutionnel.....	650–53	DE GOUGES Olympe.....	434
CHARDONNET Jean.....	278	DE VILLEPIN Dominique	
Charles X.....	83	- Premier ministre.....	137, 295, 297, 598
CHATENAY Victor.....	237, 397	- Secrétaire général de l'Élysée.....	593
CHATENET Pierre		DEBRÉ Michel ...	96, 124, 144, 145, 154, 186, 200, 256, 270–90, 293, 297, 388, 397, 406, 414, 434, 528
- Membre du Conseil constitutionnel.....	397	DECAZES Élie Louis (Duc).....	80–82
- Ministre.....	397	DELÉPINE Maurice.....	237
CHAZAL DE MAURIAC Renaud.....	656	DENOIX de SAINT MARC Renaud....	581–92, 612
CHAZELLE René.....	278	DHAINAUT Jean-François.....	523
CHENOT Bernard.....	275	DIDIER Paul.....	657
CHIRAC Jacques		DOLLFUß Engelbert.....	114
- Premier Ministre ...	124, 136, 137, 162–65, 242, 294, 299, 309, 587, 605, 613, 614	DONNEDIEU de VABRES Jean.....	612
- Président de la République .	111, 117, 118, 136, 166, 242, 295, 296–97, 312, 373, 412, 415, 593–604, 657, 664–66	DOUILLET David.....	307
CHODRON DE COURCEL Geoffroy.....	289	DROMER Jean.....	637–40
CLINTON Bill.....	509, 510	DUFOURCQ Nicolas.....	522, 530
COLLIARD Jean-Claude.....	618, 660	DULÉRY Françoise.....	282
CONTE Arthur.....	606	DUMAS Roland.....	414, 638
CORNUT-GENTILLE Bernard.....	275	DUPUY Anne-Marie.....	411
COSTE-FLORET Paul.....	219		
COTTA Michèle.....	654	E	
COTY René.....	18	ESCOFFIER Anne-Marie.....	307
COUVE DE MURVILLE Maurice.....	275, 294	F	
CRESSON Édith.....	295, 414, 435	FABIUS Laurent.....	295, 663
		FABRE Robert.....	309
D		FARAT Honoré.....	284
DAILLY Étienne.....	163		

FAUROUX Roger.....	635
FILLON François.....	Erreur ! Ce signet est incorrect dans l'entrée sur la page 307
FOURCADE Jean-Pierre.....	299
FOURNIER Jacques.....	583
FREY Roger.....	278–79
FUCHS Alain.....	544

G

GALICHON George.....	282–83
GALY-DEJEAN René.....	411
GANDOIS Jean.....	635
GARDES Jean.....	407
GARDY Paul.....	407
GILBERT-JULES Jean.....	237
GIRAUD André.....	665
GISCARD D'ESTAING Valéry	
- Ministre.....	163, 609
- Président de la République .	110, 117, 124, 137, 294, 299, 300, 309, 410, 590, 605, 608, 611, 613, 617, 657
GODARD Yves.....	407
GREFF Claude.....	307
GRÉVISSE Suzanne.....	434
GRÉVY Jules.....	15, 183, 184
GUÉANT Claude.....	594, 652, 659
GUÉNA Yves.....	281
GUIGOU Élisabeth.....	414
GUILLAUMAT Pierre.....	275

H

HASCOET Guy.....	307
HAVEL Václav.....	28
HAZAN Adeline.....	551–53
HOLLANDE François 48, 112, 117, 122, 295, 412–16, 531	
HOUDET Roger.....	275

HOUPHOUËT-BOIGNY Félix.....	277–78
HOURQUEBIE Fabrice.....	551

J

JACQUINOT Louis.....	277–78
JANOT Raymond.....	95, 276, 277, 281
JEANNENEY Jean-Marcel.....	275
JEANNENEY Jules.....	92
JOBERT Michel.....	411
JOSPIN Lionel.....	136, 160–66, 217, 374, 664
JOUANY Désiré.....	284
JOUHAUD Edmond.....	407
JOUYET Jean-Pierre.....	531, 545
JOXE Louis.....	610
JOXE Pierre.....	373
JUPPÉ Alain.....	294, 295, 373

K

KLARSFELD Arno.....	443
---------------------	-----

L

LANG Jack.....	313–14, 641
LARCHER Jacques.....	163
LATOURNERIE Roger.....	207, 283
LAURIOL Marc.....	278
LE COQ DE QUERLAND Charles.....	237
LECANUET Jean.....	163, 299
LEJEUNE Max.....	275
LELONG Pierre.....	307
LEMAS Pierre-René.....	502, 530, 545, 659
LENOIR Noëlle.....	435, 654
LÉOTARD François.....	163
LEPELTIER Serge.....	307
LÉVY Yves.....	525
LONG Marceau.....	604–21
LÜBKE Heinrich.....	214
LUCHAIRE François.....	48, 209

M	
MAC MAHON Patrice (Comte De)	14–15, 87
MACRON Emmanuel.....	414
MALRAUX André.....	275
MALTERRE André.....	278
MAMERT Jean	281–83
MANDON Thierry.....	307
MARTIN Marcel.....	284
MARTINET Gilles.....	440
MASPÉTIOL Roland.....	284
MAUROY Pierre .. 294, 295, 584, 611–17, 620, 636	
MAUS Didier.....	48
MÉNAGE Gilles.....	648
MESSMER Pierre..... 294, 297, 306, 407, 408, 606	
MICHARD-PELISSIER Jean.....	237
MICHELET Edmond.....	275
MIRABEAU Honoré Gabriel Riqueti (Comte de)77	
MITTERRAND François..... 110, 136, 160–66, 242,	
295, 372, 373, Erreur ! Ce signet est incorrect dans	
l'entrée sur la page 410, 581–84, 588–90, 600,	
612–17, 632–57, 660, 663–66	
MOLLET Guy	277–78, 282
MORAND Paul.....	184
N	
NADAL Jean-Louis	521
NOËL Léon	
-Membre du Comité consultatif constitutionnel	
.....	279
-Membre du Conseil constitutionnel.....	237
O	
OBAMA Barack.....	23
ORTOLI François-Xavier	635
P	
PALLEZ Stéphane	512
PASQUA Charles.....	584, 665
PASTEUR VALLERY RADOT Louis.....	237
PATIN Maurice	237
PELLETIER Émile	275
PERBEN Dominique	310
PÉTAÏN Philippe .. 16, <i>Voir aussi</i> Index thématique,	
Régime de Vichy	
PETIT André.....	407
PEYRELEVADE Jean	636–40
PEZANT Jean-Louis.....	521
PFLIMLIN Pierre.....	277–78
PFLIMLIN Pierre.....	275, 276
PICHON Janine	435
PIERRE-BROSSOLETTE Claude	618
PIKETTY Thomas	347
PINAY Antoine	275
PINEL Sylvia	307
POINCARÉ Raymond.....	91
POLIGNAC (De) Jules (Duc).....	82
POMPIDOU Georges	
- Membre du Conseil constitutionnel.....	237, 305
- Premier ministre.....	124, 137, 294, 305, 414
- Président de la République . 110, 184, 294, 296,	
300, 418, 606, 641, 657	
PONCET Jean-François.....	618
PONIATOWSKI Michel.....	299
PRÉ Roland.....	279
PRÉVERT Jacques.....	347
PROGLIO Henri	505
Q	
QUERRIEN Max	282
R	
RACINE Pierre	284, 288, 610
RAMANORY Jules.....	92
RAMONET Édouard	275

RAYMOND Jean-Bernard.....	665
REAGAN Ronald.....	510, 665
REYNAUD Paul.....	201, 278–79
RICHELIEU Armand-Emmanuel (Duc De).....	80
ROBERT Denis.....	308
ROCARD Michel.....	217, 294, 295, 299, 581, 590, 632–43, 649, 663
ROUSSELET André.....	641
ROUSSELET André.....	648

S

SABATIER Jean.....	284
SAINT-ANDRÉ Stéphane.....	544
SALAN Raoul.....	407
SALAT-BAROUX Frédéric.....	593–604
SARKOZY Nicolas	
- Ministre.....	598
- Président de la République .	112, 116, 295, 309, 313, 373, 412, 413, 444, 453, 505, 541, 650– 53, 650–53, 650–53
SARTRE Jean-Paul.....	347
SAULNIER Jean.....	164
SAUNIER-SEÏTÉ Alice.....	435
SAUVAGNARGUES Jean.....	299
SCHRAMECK Olivier.....	166, 374, 664
SÉGALAT André.....	610, 612
SOLAL-CÉLIGNY Jérôme.....	281–83
SOUSTELLE Jacques.....	275

STEFANINI Patrick.....	373
SUDREAU Pierre.....	275

T

TARDI Jacques.....	347
TASCA Catherine.....	655
TCHURUK Serge.....	635–36
THEVENOUD Thomas.....	307
THOMAS Eugène.....	275
THOMPSON Smith.....	23
TIBÉRI Dominique.....	443
TILLION Germaine.....	184
TOUBON Jacques.....	551–53
TRICOT Bernard.....	288–90, 294, 434
TYLER John.....	23

V

VALLS Manuel.....	307, 387, 414
VAN GRAEFSCHPEPE Fernand.....	279
VILLÈLE Joseph (Comte De).....	80

W

WAHL Jacques.....	618
WALINE Marcel.....	279
WALPOLE Robert (1 ^{er} Comte d'ORFORD.....	81

Z

ZAY Jean.....	184
ZELLER André.....	407

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages.

Au-delà de la page 570, ils correspondent aux témoignages recueillis en Annexe 2.

A

- Académies et Institut de France 184, 361
- Acte complexe 333–34
- Administration centrale 13, 162, 226, 362, 403, 423, 434, 437, 584, 586, 588–89, 590, 596, 623–24, 634, 645, 647
- Allemagne 10, 133, 175, 177, 214, 217, 454
- Ambassadeurs 11, 231–33, 307, 423, 430, 437, 440, 444, 638–40, 645–48, 655, 661–63, 665, *Voir aussi*
- Tour extérieur et Emplois à la décision
- Ambassadeurs thématiques 232–33
- Andorre 49
- Article 03 de la Constitution 107–15, 162
- Article 05 de la Constitution 141–88
- Article 06 de la Constitution 107–15, 108, 117
- Article 06 de la DDHC 6, 38, 367–70, 441–46, 542–53
- Article 08 de la Constitution 132
- Article 13 de la Constitution 197–263
- Article 13.5 de la Constitution 138, *Voir* Avis parlementaire sur les nominations
- Article 16 de la Constitution 404–9
- Article 19 de la Constitution 72–106, 359
- Article 20 de la Constitution 113, 438, 466
- Article 21 de la Constitution *Voir* Répartition des compétences
- Article 22 de la Constitution 359
- Article 33 de la Constitution 505
- Article 49 de la Constitution 73, 135
- Article 50 de la Constitution 123, 124, 137
- Article 65 de la Constitution 132, 217, 373–75, 377, 391, 463, 551, 558, 645, 649, 656
- Article 67 et article 68 de la Constitution *Voir* Responsabilité
- Article 71-1 de la Constitution 26, 132, 213, 463, 479, 552
- Autriche. 7, 25–28, 100, 114–15, 133, 135, 175, 177
- Avancement 36, 249–51, 408, 436
- Avis 371–78
- Avis parlementaire sur les nominations 451–562
- — et Garanties légales des exigences constitutionnelles 483–87
 - — et Indépendance 553–59
 - Contrôle parlementaire de l’erreur manifeste de désignation 489–98
 - Contrôle parlementaire restreint 489–98
 - Délais et manœuvres dilatoires 508–11
 - Emplois visés par la Constitution 462–63
 - Emplois visés par la loi organique 482
 - Évaluation des compétences 542–53
 - Procédure 498–512
 - Témoignage 650–53

B

- Baptême 48
- Belgique 133, 175–77, 241, 547
- Bulgarie 7, 25–28, 133, 175–78, 388

C	
Chef	
- d'État.....	174–80
- Sans pouvoir.....	169–80
Chypre.....	175, 177
Cinquième République	
- Rédaction.....	270–90, <i>Voir</i> Rédacteurs
- Régime moniste.....	123–26
- Régime parlementaire biélectif.....	24
Coauteurs.....	451–562
- Autorité émettant un avis conforme.....	375–78
- Autorité proposant ou présentant un candidat.....	363–67
- Commissions permanentes des assemblées <i>Voir</i> Avis parlementaire sur les nominations	
- Contresignataire(s).....	353–59
- Définition.....	331–36
- Jury de concours.....	367–70
Codécision.....	<i>Voir</i> Coauteur
Cohabitation.....	136, 160–66, 581, 647, 649, 653
- Définition.....	20
Comité BALLADUR (révision de 2008).....	<i>Voir</i>
Comités de réformes	
Comité consultatif constitutionnel ..	96, 125, 276–79
- Conditions de création.....	276
Comités de réformes	
- ATTALI Jacques.....	312
- Avenir des institutions.....	311
- AVRIL Pierre.....	118–20, 312
- BALLADUR Édouard ..	121, 312, 313, 453–54, 459, 462, 464, 466, 468, 469, 470, 473, 478, 488, 499, 505, 542
- Création et nomination.....	311–14
- JOSPIN Lionel.....	121, 312
- SAUVÉ Jean-Marc.....	312
- STASI Bernard.....	312
- VEDEL George.....	311, 313, 459
- VEIL Simone.....	312
Comores.....	154
Compétence de nomination	
- Compétence de principe ou compétence d'attribution.....	206–12
- Compétence formelle.....	132
- Compétence liée.....	124, 212–20, 369
- Compétence réelle.....	139
- Décrets délibérés en conseil des ministres.....	224–48
- Décrets délibérés en conseil des ministres ou décrets simples.....	200–205
- Décrets simples.....	248–63
Compétence liée	
- au premier degré.....	212, 350, 369
- au second degré.....	212, 350, 353
Compétences réelles.....	102
- Conditionnées.....	131–39
- Échelle de liberté.....	131
- Inconditionnées.....	131
<i>Conatus</i>	63, 68, 191–318
Conception instrumentale du Droit. <i>Voir</i> Théorie du Droit dérivée du normativisme	
Conseil constitutionnel	
- Nomination des membres du — ...	138–39, 430, 432, 435, 445–46, 502, 511, 521, 535, 538–41, 550–51, 554, 647, 650–53, 654
- Nomination des membres du —	
- Récit par Michel CHARASSE de sa propre nomination.....	650–53
Conseil d'État	
- — et Écriture de la Constitution de 1958.....	313
- Nomination des membres ...	582, 591, 596, 627, 647, 649
Conseil des ministres	
- Archives.....	611–12

- Nominations délibérées en — ..224–48, 378–81

- Ordre du jour.....612–13

Conseil supérieur de l’audiovisuel..... *Voir Médias*

Conseil supérieur de la magistrature

- Nomination des magistrats 233, 251, 375, 373–75, 377, 645–46

- Nomination des membres du — .132, 213, 217, 391, 463, 551, 556, 558, 645, 647, 649, 656

Contentieux383–447

- — et Avis parlementaire sur les nominations
...*Voir Avis parlementaire sur les nominations*

- Actes de gouvernement.....308, 538, 532–41

- Contrôle des motifs.....441–46

- Annulation356, 393–95

- Incompétence 355–56, *Voir aussi* Coauteur

- Inexistence de l’acte348, 392

- Modulation.....394

- Vice de forme et de procédure 355–56, 395–402

Contreseing ... 72–106, 353–59, *Voir aussi* Coauteur

- 1814/1830 Restauration78–84

- 1830/1848 Monarchie de Juillet 84–86

- 1870/1940 Troisième République.....87–91

- 1946/1958 Quatrième République91–93

- 1958/... Cinquième République613

- 1958/... Cinquième République

- des actes du Premier ministre359

- des actes du président de la République .93–105, 106, 353–59, 626, 642

- Définition76

Contrôle

- — Juridictionnel*Voir* Contentieux

- — Parlementaire des nominations *Voir Avis parlementaire sur les nominations*

- Définition325

- Pluralité de participants331–82

Coprince de la Principauté d’Andorre48

Corps d’inspection254, 417–21, 423, 434, 439, 596,

609, 627, 637, 647, 662, *Voir aussi* Tour extérieur et Emplois à la décision

Cour des comptes.164, 229–30, 253, 373, 429, 439, 627, 647, 649, *Voir aussi* Tour extérieur

Croatie.....25–28, 133, 134, 175, 177, 181

D

Danemark.....133, 135, 176, 177

Décrets délibérés en conseil des ministres.200–205, 224–48

Décrets simples (non délibérés en conseil des ministres).....200–205, 248–63

Défenseur des Droits....26, 132, 213, 310, 463, 479, 552

Définitions

- Actes de Gouvernement534

- Cohabitation.....20

- Compétence212

- Compétence de nomination47

- Compétence liée.....212

- Compétence liée au premier degré.....212

- Compétence liée au second degré.....212

- Compétence liée, cas extrêmes212

- Contreseing (ou contresignature).....76

- Contrôle325

- Démocratie.....5

- Dualisme123

- Effectivité.....57

- Efficacité.....57

- Emploi vacant391

- Fait majoritaire.....20

- Fonction électorale du Parlement13

- Habilitation41

- Influence265

- Interprétation génétique60

- Interprétation linguistique.....60

- Interprétation systémique

- extra-textuelle	61	Comores, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis,
- intra-textuelle	61	Finlande, Grèce, Guinée équatoriale, Hongrie,
- Langages du droit	30	Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg,
- Monisme	87	Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République
- Nomination	39	tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie,
- Panoptisme.....	268–69	Slovaquie, Slovénie, Suède
- Parlementarisme négatif	135	- Chef de l'État.....
- Pouvoir capté	194	174–80
- Pouvoir de désignation	47	- Nomination du Premier ministre
- Pouvoir de nomination.....	47	132–38
- Pouvoir habilité.....	47	- Régimes européens (avant 1958).....
- Présidentialisme.....	28	99–101
- Régime parlementaire (ou parlementarisme) 13		Dualisme
- Régime politique.....	27	<i>Voir</i> Régime parlementaire
- Responsabilité.....	79	- Définition.....
- Système politique.....	27	85
Délit d'offense	<i>Voir</i> Offense	
Démocratie		E
- — et Chefs d'État	174–80	École nationale d'administration (ENA)
- — et Distribution de la compétence	<i>Voir</i>	280, 419, 434, 608, 610, 641
Coauteurs, <i>Voir</i> Contrôle		Effectivité
- — et Égalité des espérances	<i>Voir</i> Vertus et	- Définition.....
talents		57
- — et droit.....	54	Efficacité
- — et nominations.....	8–29	- Définition.....
- Définition.....	5	57
Discrimination		Élection du Président de la République au suffrage
- Âge.....	439–40	universel direct.....
- Aptitude physique	432–33	122
- Droits civiques	431–32	- Droit comparé
- Nationalité.....	428–30	114
- Sexe.....	434–38	- Représentant de la nation....
Dissolution	83, 100, 117, 302	<i>Voir</i> Président de la
Domaine réservé	163, 166, 585, 647, 649, 665	République
Droit comparé	<i>Voir aussi</i> Allemagne, Andorre,	Emploi vacant
Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie,		<i>Voir</i> Vacance
		- Définition.....
		391
		Emplois à la décision du Gouvernement
		422–26,
		430, 431, 435, 438, 443–44
		Emplois à la discrétion du Gouvernement.....
		<i>Voir</i>
		Emplois à la décision
		Entourage
		- des Ministres.....
		300, 585
		- du Premier ministre.....
		413, 641
		- du président de la République.....
		270, 371, 373,
		413, 582, 590, 641, 646, 648, 659, <i>Voir aussi</i>
		Secrétaire général de l'Élysée
		- du président de la République (USA).....
		23
		Entreprises et Établissements publics 162, 164, 235,

241–42, 304, 362, 364, 472, 634–40, 648, 650
 Épuration..... 15–17, 404–9
 Espagne..... 10, 133, 174–77, 240
 Estonie..... 133, 175–78, 217
 États-Unis..... 22–24
 - *Confirmation process (advice and consent)*
 501–2, 509–10, 546

F

Fait majoritaire
 - Définition..... 20
 Femmes..... 654–55
 - Ambassadeurs..... 437
 - Conseil constitutionnel..... 435, 654
 - Discriminations fondées sur le sexe..... 434–38
 - Médias..... 654
 Finlande..... 25, 28, 133, 176, 177, 388
 Fonction élective
 - — et Nomination du Gouvernement..... 301
 - — et Nomination du Premier ministre..... 132
 - Définition..... 13
 Fonction honorifique (de la compétence de nomination)..... 180–87
 Fonction symbolique (du chef de l'État)..... 168–87

G

Garanties légales des exigences constitutionnelles
 483–87
 Grèce..... 133, 154, 176, 177
 Guinée-Équatoriale..... 154

H

Habilitation
 - Définition..... 41
 Histoire de la compétence de nomination
 - Antiquité grecque..... 8–9
 - Chartes..... 13

- Consulat et Empire..... 12–13
 - Moyen âge..... 9–11
 - Quatrième République..... 17–18
 - Régime de Vichy..... 15–17
 - Révolution..... 12
 - Troisième République..... 13–15
 Hongrie..... 27, 133, 134, 175, 177

I

Indépendance..... 302–5, 553–59
 Indisponibilité des compétences..... 245–48
 Influence..... *Voir* Panoptisme
 - Définition..... 265
 Interprétation..... 59–62
 - génétique..... 60
 - linguistique..... 60
 - systémique extra-textuelle..... 61
 - systémique intra-textuelle..... 61
 Irlande... 7, 25, 26, 28, 100, 133, 134, 176, 177, 387
 Italie..... 10, 29, 100, 124, 133, 155, 175, 177, 215

J

Jury de concours..... *Voir* Coauteur

L

Légion d'honneur... 15, 39, 164, 183, 226, 239, 303, 346, 388, 430, 445
 Lettonie..... 100, 133, 175, 177
 Lexicométrie..... 193–94
 Lituanie..... 25, 28, 133, 134, 175, 177
 Loi organique relative aux lois de finances (LOLF)
 385–87, 391–93
 Luxembourg..... 133, 174, 177

M

Magistrats..... 233, 251, 346, 349, 375, 645–46
 Malte..... 133, 134, 176, 177
 Médias

- — et nominations..397, 464, 473, 480, 484–85, 492, 505, 615, 616, 634, 641, 654
 - Commission nationale de la communication et des libertés.....655
 - Conseil supérieur de l’audiovisuel.....371, 397, 464, 473, 480, 484–85, 492, 505, 634, 641
 - Haute autorité de la communication audiovisuelle.....654
 - ORTF 615–16, *Voir aussi* ORTF
 - Militaires230, 252, 407, 433, 634, 647
 - Ministres
 - Contresignataires353–59
 - Entourage300, 585
 - Nomination 165–66, 291–301, 617, 649
 - Proposition sur les nominations.....363–67
 - Rapport sur les nominations361–63
 - Monisme *Voir* Régime parlementaire
 - Définition87
 - Mutation.....36, 347, 408
- N
- Nationalisations.....612, 636
 - Nomination
 - — anticipée.....392–93
 - — en surnombre392
 - — et Médias..... *Voir* Médias
 - — et processus constituant 270–90, 311–14
 - — pour ordre.....348, 392
 - Ambassadeurs *Voir* Ambassadeurs
 - Avis parlementaire *Voir* Avis Parlementaire
 - Cohabitation..... *Voir* Cohabitation
 - Compétence formelle du président de la République 132
 - Compétence réelle conditionnée du président de la République..... 131–39
 - Conseil constitutionnel *Voir* Conseil constitutionnel
 - Conseil supérieur de la magistrature..... *Voir* Conseil supérieur de la magistrature
 - Corps d’inspection *Voir* Corps d’inspection
 - Défenseur des droits 310
 - Définition.....39
 - Directeurs d’administration centrale..... *Voir* Administration centrale
 - Distinction de l’élection.....33–34
 - Entreprises et Établissements publics *Voir* Entreprises et Établissements publics
 - Intérim du Premier ministre217
 - Légion d’honneur..... *Voir* Légion d’honneur
 - Magistrats *Voir* Magistrats
 - Membres du Conseil d’État *Voir* Conseil d’État
 - Militaires..... *Voir* Militaires
 - Ministres *Voir* Ministres
 - Officiers généraux..... *Voir* Militaires
 - Parlementaires en mission 310
 - Préfets *Voir* Préfets
 - Premier ministre... *Voir* Nomination du Premier ministre
 - Procédure *Voir* Procédure de nomination
 - Récits par les acteurs *Voir* Annexe 2
 - Recteurs d’académie. *Voir* Recteurs d’académie
- O
- Offense 182
 - Organe complexe *Voir* Coauteurs
 - ORTF
 - 1972/1973 Présidence de M. CONTE ... 606–10
 - 1973/1974 Présidence de M. LONG606–10, 615
- P
- Panoptisme
 - — et Pouvoir de nomination.....264–315, 568
 - Définition.....268–69

- Panthéon (transfert)..... 184
- Pantouflage 413
- Parallélisme des compétences et des formes400–402
- Parlementaires en mission.....305–10
- Parlementarisme négatif. 132–38, 291–305, 490–94, 527–32
- Définition 135
- Parlementarisme positif 306
- Pays-Bas..... 133, 176, 177, 547
- Pluralité de participants..... *Voir* Contrôle
- Pologne 25, 28, 133, 175, 177
- Portugal 25, 28, 133, 134, 175, 177, 213
- Pouvoir d'État 102
- Pouvoir neutre 143–68
- Pouvoirs propres
- Critique 106–31
 - Dispense de contreseing *Voir* Compétences réelles
- Préfets 227, 254, 262, 346, 422, 423, 435, 437, 616, 634, 645, 648, 655, 661–62
- Premier ministre
- 1959/1962 DEBRÉ Michel..... *Voir Index onomastique* DEBRÉ Michel
 - 1962/1969 POMPIDOU Georges *Voir Index onomastique* POMPIDOU Georges
 - 1969/1972 CHABAN-DELMAS Jacques .. *Voir Index onomastique* CHABAN-DELMAS Jacques
 - 1969/1972 COUVE DE MURVILLE Maurice *Voir Index onomastique* COUVE DE MURVILLE Maurice
 - 1972/1974 MESSMER Pierre..... *Voir Index onomastique* MESSMER Pierre
 - 1974/1976 CHIRAC Jacques..... *Voir Index onomastique* CHIRAC Jacques
 - 1976/1981 BARRE Raymond *Voir Index onomastique* BARRE Raymond
 - 1981/1984 MAUROY Pierre *Voir Index onomastique* MAUROY Pierre
 - 1984/1986 FABIUS Laurent..... *Voir Index onomastique* FABIUS Laurent
 - 1986/1988 CHIRAC Jacques..... *Voir Index onomastique* CHIRAC Jacques
 - 1988/1991 ROCARD Michel *Voir Index onomastique* ROCARD Michel
 - 1991/1992 CRESSON Édith..... *Voir Index onomastique* CRESSON Édith
 - 1992/1993 BÉRÉGOVOY Pierre *Voir Index onomastique* BÉRÉGOVOY Pierre
 - 1993/1995 BALLADUR Édouard *Voir Index onomastique* BALLADUR Édouard
 - 1995/1997 JUPPÉ Alain *Voir Index onomastique* JUPPÉ Alain
 - 1997/2002 JOSPIN Lionel..... *Voir Index onomastique* JOSPIN Lionel
 - 2002/2005 RAFFARIN Jean-Pierre.. *Voir Index onomastique* RAFFARIN Jean-Pierre
 - 2005/2007 DE VILLEPIN Dominique *Voir Index onomastique* DE VILLEPIN Dominique
 - 2007/2012 FILLON François *Voir Index onomastique* FILLON François
 - 2012/2014 AYRAULT Jean-Marc *Voir Index onomastique* AYRAULT Jean-Marc
 - 2014/... VALLS Manuel..... *Voir Index onomastique* VALLS Manuel
- Entourage 373, 413, 641
- Nomination du — 132–38, 614
- Président de la République
- 1958/1969 DE GAULLE *Voir index onomastique* DE GAULLE Charles
 - 1969/1974 POMPIDOU *Voir Index onomastique* POMPIDOU Georges
 - 1974/1981 GISCARD.. *Voir Index onomastique* GISCARD D'ESTAING Valéry

- 1981/1995 MITTERRAND Voir Index onomastique MITTERRAND François	Rédacteurs.....95–101, 270–90
- 1995/2007 CHIRAC Voir Index onomastique CHIRAC Jacques	- AURILLAC Michel276, 282
- 2007/2012 SARKOZY Voir Index onomastique SARKOZY Nicolas	- BELIN Roger283, 285, 379
- 2012/... HOLLANDE .Voir Index onomastique HOLLANDE François	- BERTRAND Louis282
- Entourage270, 371, 373, 413, 582, 590, 641, 646, 648, 659	- BLOCQ-MASCART Maxime278, 284
- Entourage Voir aussi Secrétaire général de l'Élysée	- BOITREAU Jacques.....282
- Pouvoirs propres Voir Compétences réelles	- BOUBAKER Hamza278
- Répartition des compétences (en matière de nomination) avec le Premier ministre Voir Répartition des compétences	- BOUR Jules278
- Représentant de la nation.....122	- BURNAY Jean.....202, 284
- Signature 141–88, 351–53	- CASSIN René.....126, 187, 207, 211, 283
- Typologie des compétences 127–31, Voir Compétences formelles et réelles	- CHANDERNAGOR André282
Présidentialisme	- CHARDONNET Jean.....278
- Définition.....28	- CHAZELLE René278
Procédure de nomination	- Comité consultatif constitutionnel . Voir Comité consultatif constitutionnel
- Avis parlementaire sur les nominations498–512	- COSTE-FLORET Paul219
- Conseil des ministres378–81, 588–90	- DE GAULLE Charles.....95–101
- Pluralité des participants.....349–81, 397–402	- DEBRÉ Michel.....95–101
Proposition sur une nomination Voir Coauteur	- FARAT Honoré284
	- FREY Roger.....278
Q	- GALICHON George.....282–83
Quatrième République17–18	- Gouvernement DE GAULLE273–76
- Contreseing91–93	- Groupe de travail280
- Nomination du président du Conseil ...133, 134	- GUÉNA Yves.....281
- Témoignages.....609	- HOUPHOUËT-BOIGNY Félix277
	- Inspirations (Régimes français antérieurs) ..95– 99
R	- JACQUINOT Louis277
Recteurs d'académie227–28, 262, 393–94, 403, 423, 435, 437, 584, 585, Voir aussi Emplois à la décision	- JANOT Raymond95–101, 276
	- JOUANY Désiré284
	- LATOURNERIE Roger207, 283
	- LAURIOL Marc.....278
	- LUCHAIRE François209
	- MALTERRE André278
	- MAMERT Jean.....281–83
	- MARTIN Marcel.....284

- MASPÉTIOL Roland.....284
 - MOLLET Guy277
 - NOËL Léon.....279
 - PFLIMLIN Pierre277
 - PRÉ Roland279
 - QUERRIEN Max.....282
 - RACINE Pierre.....284
 - REYNAUD Paul.....201, 278–79
 - SABATIER Jean284
 - SOLAL-CÉLIGNY Jérôme281
 - VAN GRAEFSCHPEPE Fernand279
 - WALINE Marcel.....279
 - Rédacteurs.....95–101
 - Référendum.....117
 - Régime de Vichy.....15–17
 - Régime parlementaire
 - Définition.....13
 - Dualisme84, 123
 - Monisme87, 123
 - Orléanisme.....84
 - Régime politique..... *Voir aussi* Système politique
 - Définition.....27
 - Régime présidentiel22–24
 - Régime semi-présidentiel.....29
 - Répartition des compétences (en matière de nomination)
 - Entre la loi organique et la loi ordinaire619
 - Entre le Président de la République et le Premier ministre92, 263
 - République tchèque.....25–28, 133, 175, 177
 - Responsabilité
 - des ministres
 - Responsabilité pénale.....79
 - Responsabilité politique.....79
 - du Président de la République116–22
 - Dissolution117, *Voir* Dissolution
 - Non réélection.....116
 - Référendum.....117, *Voir* Référendum
 - Révision constitutionnelle
 - 2007 Loi constitutionnelle du 23 février 2007119
 - 2008 Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008117, 138, 453, *Voir* Comités de réformes
 - Comités de réformes *Voir* Comité de réforme
 - Révocation
 - du Premier ministre.....123–26
 - Illégalité de la —393–95
 - Parallélisme des formes et des compétences397–402
 - Roumanie.....25–28, 133, 175, 177
 - Royaume-Uni.....6, 9, 80, 81, 133, 177, 454, 547
 - Russie.....134
- S
- Secrétaire Général de l'Élysée
 - 1959/1962 Geoffroy CHODRON DE COURCEL *Voir Index onomastique* CHODRON DE COURCEL Geoffroy
 - 1962/1967 Étienne BURIN DES ROZIERSS608
 - 1967/1969 TRICOT Bernard *Voir Index onomastique* TRICOT Bernard
 - 1969/1973 Michel JOBERT *Voir Index onomastique* JOBERT Michel
 - 1973/1974 Édouard BALLADUR.... *Voir Index onomastique* BALLADUR Édouard
 - 1974/1976 PIERRE-BROSSOLETTE Claude *Voir Index onomastique* PIERRE-BROSSOLETTE Claude
 - 1976/1978 PONCET Jean-François.. *Voir Index onomastique* PONCET Jean-François
 - 1978/1981 WAHL Jacques *Voir Index onomastique* WAHL Jacques
 - 1981/1982 BÉRÉGOVOY Pierre *Voir Index onomastique* BÉRÉGOVOY Pierre

- 1982/1991 Jean-Louis BIANCO *Voir Index onomastique* BIANCO Jean-Louis
 - 1991/1995 Hubert VÉDRINE..... *Voir Index onomastique* VÉDRINE Hubert
 - 1995/2002 Dominique DE VILLEPIN *Voir Index onomastique* DE VILLEPIN Dominique
 - 2002/2005 Philippe BAS *Voir Index onomastique* BAS Philippe
 - 2005/2007 SALAT-BAROUX Frédéric *Voir Index onomastique* Frédéric SALAT-BAROUX
 - 2007/2011 Claude GUÉANT..... *Voir Index onomastique* GUÉANT Claude
 - 2011/2012 Xavier MUSCA *Voir Index onomastique* MUSCA Xavier
 - 2012/2014 LEMAS Pierre-René..... *Voir Index onomastique* LEMAS Pierre-René
 - 2014/... Jean-Pierre JOUYET *Voir Index onomastique* JOUYET Jean-Pierre
- Secrétaire Général du Gouvernement
- 1945/1946 JOXE Louis 610, *Voir Index onomastique* JOXE Louis
 - 1946/1958 SÉGALAT André..... 610, 612, *Voir Index onomastique* SÉGALAT André
 - 1958/1964 BELIN Roger....283, 285, 379, 612, *Voir Index onomastique* BELIN Roger
 - 1964/1975 DONNEDIEU de VABRES Jean .. 612, *Voir Index onomastique* DONNEDIEU de VABRES Jean
 - 1975/1982 LONG Marceau 604–21, *Voir Index onomastique* LONG Marceau
- Nomination (récit).....608–10
 - 1986/1995 DENOIX de SAINT MARC Renaud.581–92, 612, *Voir Index onomastique* DENOIX de SAINT MARC Renaud
- Semi-présidentiel*Voir* Régime semi-présidentiel (*ou Semi-présidentialisme*)
- Serment 181–82
- Slovaquie.....25–28, 133, 175, 177
- Slovénie.....25–28, 133, 175, 177
- Sous-préfets..... *Voir* Préfets
- Spoils system*22–24, 162–66
- Suède.....134, 175, 176, 177, 380, 388
- Surnombre.....392
- Système politique..... *Voir aussi* Régime politique
- Système politique
- Définition.....27
- T
- Théorie du Droit dérivée du normativisme54–59
- Théorie Réaliste de l’Interprétation (TRI)51–54
- Titularisation36
- Tour extérieur.....417–21, 429, 431, 439
- Troisième République 13–15
- Contreseing87
- V
- Vacance389–95
- Vertus et talents6, 367–70, 441–46
- Veto
- parlementaire sur les nominations ..138, 489–98
 - présidentiel sur les nominations..... 160–66

INDEX JURISPRUDENTIEL

Nota. Les commentaires et références de la majorité de ces décisions sont accessibles dans la bibliographie *supra* (5. Arrêts, avis & décisions)

Conseil constitutionnel

Les chiffres renvoient aux numéros de pages.

1960	<i>communication</i>238
- 60-6 DC <i>Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature,</i>237	
1961	
- 61-16 DC, <i>Loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote</i>496	
1962	
- 62-20 DC, <i>Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962</i>126	
1967	
- 67-31 DC, <i>Loi organique relative au statut de la magistrature</i>236	
1973	
- 73-49 DC, <i>Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat</i>497	
1983	
- 82-153 DC, <i>Loi relative au statut général des fonctionnaires</i>442	
1984	
- 84-179 DC, <i>Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public</i> ...442	
1986	
- 86-210 DC, <i>Loi de réforme du régime de la presse</i>483	
- 86-217 DC, <i>Loi relative à la liberté de</i>	
1989	
- 89-268 DC, <i>Loi de finances pour 1990</i>217	
1990	
- 89-264 DC, <i>Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990- 1993</i>217	
- 89-269 DC, <i>Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé</i> 217	
1992	
- 92-305 DC, <i>Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature</i>376	
1994	
- 93-337 DC, <i>Loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature</i>218	
1995	
- 95-177 L, <i>Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en Conseil des ministres</i>238	
1999	
- 98-408 DC, <i>Traité portant statut de la Cour pénale internationale</i> 119	
2000	
- 2000-26 REF, <i>Hauchemaille</i>345	
- 2000-433 DC, <i>Loi relative à la liberté de communication</i>505	

2002		<i>emplois supérieurs de la fonction publique]</i>	
- 2002-19 ELEC, Hauchemaille et Association DECLIC.....	135	444
2006		- 2011-626 DC, Loi organique relative au Défenseur des droits	479, 484, 486, 556
- 2006-544 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007	376	- 2011-628 DC, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs	497
2009		2012	
- 2008-572 DC, Loi organique portant application de l'article 25 de la Constitution	472, 519	- 2012-278 QPC, Mme Élisabeth B. [Condition de bonne moralité pour devenir magistrat]	240
- 2009-576 DC, Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France	472	- 2012-658 DC, Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques	457
- 2009-577 DC, Loi relative à la communication audiovisuelle.....	398-402, 456-57	- 2012-663 DC, Loi organique relative à la nomination du directeur général de la société anonyme BPI-Groupe	480, 484, 486
- 2009-581 DC, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale.....	506	2013	
2010		-2013-675 DC, Loi organique relative à la transparence de la vie publique	302
- 2010-5 QPC, SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]	240	-2013-677 DC, Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public....	481, 484-87, 519
- 2010-609 DC, Loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution	472, 477, 497	2014	
- 2010-610 DC, Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution	508	- 2014-690 DC, Loi relative à la consommation	519
- 2010-611 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution	556	- 2014-697 DC, Loi organique relative à la nomination des dirigeants de la SNCF	484, 486
2011		2015	
- 2010-94 QPC, Casanovas [Nomination aux		- 2015-714 DC, Loi organique relative à la nomination du président de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement.....	482

Conseil d'État

Les chiffres renvoient aux numéros de pages.

A	
<i>Allamigeon et Pageaux</i> (1994).....	245
<i>Ampoulange</i> (1947).....	396
<i>Anglade</i> (1957).....	346
<i>Apcher</i> (1931).....	392
<i>Association AC ! et autres</i> (2004).....	394
<i>Association amicale des magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes</i> (1991).....	439
<i>Association des fonctionnaires de l'administration centrale du Ministère des colonies</i> (1923).....	348, 392
<i>Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'intérieur</i> (1997).....	422
<i>Association française des hémophiles</i> (1975).....	432
<i>Association générale des administrateurs civils c./ Dupavillon</i> (1988).....	442
<i>Association générale des attachés d'administration centrale</i> (1978).....	369
<i>Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce de la Sidérurgie de l'Est</i> (1962).....	356
B	
<i>Ba</i> (1999).....	446, 535, 538-41, 599-600
<i>Bardon</i> (1963).....	207, 259
<i>Baudier</i> (1965).....	439
<i>Bidalou</i> (1993).....	365
<i>Bleton c./ Sarazin</i> (1988).....	443
<i>Bobard</i> (1936).....	434
<i>Bodin</i> (1957).....	377
<i>Bonfanti</i> (1948).....	348, 392
<i>Boujasson</i> (1944).....	401
<i>Brancourt</i> (1990).....	377
<i>Brandstetter</i> (1924).....	342, 344
<i>Branger</i> (1971).....	424
<i>Bréart de Boisanger</i> (1961).....	394
C	
<i>Caisse autonome de retraite des médecins français</i> (1995).....	361
<i>Caisse des dépôts c./ Sieur Picot</i> (1972).....	377
<i>Campagne</i> (1962).....	213
<i>Casanovas</i> (2011).....	443
<i>Castelli</i> (1924).....	344
<i>Cazarré</i> (1952).....	433
<i>Cazelles</i> (1973).....	348, 424
<i>Cerfontaine</i> (2012).....	393
<i>Chanebout</i> (1969).....	377
<i>Chirac</i> (1920).....	340
<i>Clavel</i> (1954).....	347
<i>Comité d'entreprise de la Régie nationale des usines Renault</i> (1994).....	245
<i>Commune de la Bruguière</i> (1998).....	346
<i>Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée</i> (1997).....	366
<i>Confédération nationale du logement du Nord Pas de Calais</i> (1987).....	444
<i>Conseil des parents d'élèves des écoles publiques de la mission universelle et culturelle française au Maroc et autres</i> (1976).....	357
<i>Coulibaly</i> (2009).....	348
<i>Cuttat</i> (1994).....	351
D	
<i>Dalongeville</i> (2010).....	396

<i>Danthony</i> (2011)	356, 382, 397, 537	J	
<i>Dauvillier</i> (1950)	365		<i>Jugeau</i> (1952)
<i>Davéo</i> (1965)	433		<i>Jurien de Gravière</i> (2012).....
<i>Debbasch</i> (2014).....	393–94		
<i>Delaunay</i> (1995)	365, 372	K	
<i>Deville</i> (1958)	345		<i>Krikorian</i> (2014)
			533
E		L	
<i>Élection des représentants du personnel au conseil d'administration du CES François Mauriac à Louvres</i> (1975)	430		<i>Laurent</i> (1994)
			378
			<i>Libre circulation des travailleurs</i> (Avis 2002)....
			429
			<i>Loredon</i> (1986)
			445
F		M	
<i>Fabre et Renaud</i> (2000)	372		<i>Maistre (de)</i> (1967)
<i>Fédération générale des fonctionnaires FO</i> (1990)	357		347
<i>Feler</i> (2003)	539		<i>Malezieux</i> (1963)
<i>Feyel</i> (1994).....	366		207, 259
<i>Fourré-Cormeray</i> (1959).....	223, 358, 401, 424		<i>Marine</i> (1959)
<i>Fraisse et autres</i> (1991)	425		424
<i>France Télécom, Statut des agents</i> (Avis 1993) .	262		<i>Massonaud</i> (1950)
<i>François</i> (1976)	346		348, 392
			<i>Mathieu</i> (2006).....
			259
			<i>Mattéi</i> (1952)
			345
			<i>Mauduech</i> (1991).....
			259
			<i>Maurice</i> (1981)
			348, 392
			<i>Mégret</i> (1998)
			308, 539
			<i>Meyet</i> (1992).....
			243–48, 586, 620–21
			<i>Meyet et Bidalou</i> (1993).....
			311
			<i>Minaire</i> (1937)
			340
			<i>Ministre de la Défense c./ Collas</i> (1996)
			243–48
			<i>Ministre de la Santé publique et de la sécurité sociale c./ Dlle Écarlat</i> (1972).....
			372
			<i>Minjoz</i> (1978).....
			365
			<i>Mocko</i> (2003).....
			377
			<i>Morelle</i> (1909)
			342
			<i>Morin</i> (1989).....
			424
		N	
<i>Hoffer</i> (mai 2005)	144		<i>Naudou</i> (1948)
<i>Hoffer</i> (septembre 2005).....	538		396
<i>Hollande et Mathus</i> (2009)	144, 178		<i>Nègre</i> (1949)
			424
			<i>Nentien</i> (2001)
			235, 254–56

Nicoud (1978)357

O

Oriano (d') (1964)407, 408

P

Payot (1923).....394

Pezzati (2003)377

Picot (1979)432

Picquet (1911).....341, 344

Pontillon (1965).....259, 357, 362

Portier (1992)424

Prat et ville de Toulouse (1969).....366

R

Renucci (1920)341, 344

Reverdy (1992).....223

Robert (2010).....375

Rochaix (1986).....223, 424

Roger (1982).....431

Rubin de Servens (1962).....408

S

Sanbœuf (1967)431

Serre (1973)346

Sertillange (1963)392

Sicard et autres et Syndicat national des élèves
conseillers et conseillers au travail et à la
législation sociale et autres (1962)259, 357, 358,
586

Société coopérative de reconstruction de Rouen
(1957).....377

Société Eky (1960)237

SYNDEAC (2011).....396

Syndicat autonome des enseignants de médecine
(1987).....243

Syndicat autonome des inspecteurs généraux et
inspecteurs de l'administration (1995).....439

Syndicat autonome des inspecteurs généraux et
inspecteurs de l'administration au ministère de
l'intérieur (2012)441, 444

Syndicat autonome du personnel de l'expansion
économique à l'étranger (1950)418

Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères
(2006).....440, 443

Syndicat CFDT ministère des Affaires étrangères
(2012).....444

Syndicat CGT-FO du personnel des Affaires
étrangères (1985).....440

Syndicat de la magistrature (2013).....348

Syndicat des employés civils de l'artillerie et du
génie du 14^e corps d'armée (1914).....357

Syndicat national des cadres hospitaliers FO
(1988).....392

Syndicat parisien des administrations centrales,
économiques et financières (2011).....443

T

Tacite (2010)346, 349

Teissier (1953).....424

Ternon (2001).....348

U

Union des syndicats CFDT des administrations
centrales et assimilées USACA-CFDT (1976)....410

V

Véber (1934).....422

Veron Reville (1949).....394

Vidal (1920)344

Vidon (2013).....377

Vignard (2007)394

W

Winkell (1909).....339

<i>Z</i>	<i>Zamphiroff (2006)213</i>
----------	-----------------------------------

Autres juridictions

Les chiffres renvoient aux numéros de pages.

C. Cass. AP	<i>Belgique</i>428
- 2001 (10 octobre 2001)..... 119	- 1986 (3 juillet) <i>Deborah Lawrie-Blum c./ Land</i>
C. Cass., Ch. Crim.	<i>Bade-Württemberg</i>429
- 1966 (21 décembre)182	- 1986 (3 juin) <i>Commission des Communautés</i>
- 1967 (12 avril)183	<i>c./ France</i>428
CEDH	Cour Constitutionnelle italienne
- 2013 (14 mars) <i>Eon c./ France</i>183	- 2006 (3 mai) Décision n°200/2006.....216
CJCE	Tribunal de la fonction publique de l'UE
- 1980 (17 décembre) <i>Commission des</i>	- 2008 (30 avril) <i>Adriana Dragoman c./</i>
<i>Communautés européennes c./ Royaume de</i>	<i>Commission des Communautés européennes</i>
370

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	III
Abréviations, conventions de rédaction et méthode de traduction	V
Sommaire	IX
Introduction.....	1
I. L'intérêt de la recherche	3
1. L'importance des nominations	4
2. Les enseignements de l'Histoire et du droit comparé	8
2.1 Les nominations dans l'Histoire : émergence de la question démocratique	8
2.2 Les nominations à l'étranger : permanence de la question démocratique	21
2.2.1 Les nominations présidentielles dans un régime présidentiel : l'exemple des États-Unis	22
2.2.2 Les nominations présidentielles dans les régimes parlementaires biélectifs de l'Union Européenne	24
II. L'objet de la thèse	29
1. La nomination	30
1.1 Proposition d'une définition stipulative de la nomination	31
1.2 Distinguer la « nomination » d'autres notions proches	32
1.2.1 Nomination et élection	33
1.2.2 Nomination et désignation.....	35
1.2.3 Nomination et titularisation.....	36
1.3 Précisions sur l'ampleur de la définition retenue.....	38
2. La compétence de nomination	39
2.1 Proposition d'une définition stipulative de la compétence de nomination	39
2.2 Distinguer « compétence de nomination » et « pouvoir de nomination »	43
3. La compétence de nomination du président de la République : les limites de l'étude	47
III. Présentation de la démarche	50
1. La posture théorique.....	50
1.1 Les limites des conceptions doctrinales classiques du « pouvoir de nomination » : une critique du réalisme juridique	51
1.2 Le choix d'une théorie dérivée du normativisme	54
1.3 Les conséquences de la posture théorique choisie sur l'interprétation de la Constitution	59
2. Les hypothèses et la problématique	62
Première partie. De la compétence de nomination au pouvoir de nomination du président de la	

Cinquième République	65
Titre premier. Une compétence formelle.....	69
Chapitre premier. L'exigence du contreseing	73
Section 1. Le pouvoir de désignation appartenant au contresignataire dans les régimes parlementaires	75
§1. La conception du contreseing dans l'Histoire du parlementarisme français	76
A. Le contreseing sous les Chartes : ébauche d'une fonction politique	78
1. La pratique de la Charte de 1814 et la seconde Restauration	78
2. La pratique de la Charte de 1830	84
B. Le contreseing dans le parlementarisme classique des Troisième et Quatrième Républiques : consolidation d'une fonction politique.....	86
1. Le contreseing comme mode de transfert du pouvoir décisionnel sous la Troisième République.....	87
2. La confirmation du contreseing comme mode de transfert du pouvoir décisionnel sous la Quatrième République	91
§2. La conception du contreseing à la naissance de la Cinquième République.....	93
A. La conception du contreseing pour les rédacteurs de la Constitution	94
1. Des rédacteurs héritiers du parlementarisme français	95
2. Des rédacteurs inspirés par le parlementarisme européen	99
B. La conception du contreseing dans la doctrine des débuts de la Cinquième République	101
Section 2. Le pouvoir de désignation appartenant au contresignataire sous la Cinquième République	106
§1. « Pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés », une distinction discutable	106
A. Le président de la République n'est pas un représentant de la nation au même titre que le Parlement.....	107
B. Le président de la République n'est pas responsable politiquement au même titre que le Gouvernement	115
1. L'absence de responsabilité politique devant le peuple	116
2. L'existence d'une responsabilité politique réduite devant les Chambres	118
C. Le président de la République n'est pas habilité à révoquer <i>ad nutum</i> le Premier ministre	123
§2. « Pouvoirs propres » et « pouvoirs partagés », une distinction à reformuler	127
A. Proposition d'une nouvelle typologie des compétences du président de la République.....	127
1. D'une typologie alternative à l'abandon de la distinction	128
2. Une reformulation de la distinction	130

B. Application à la compétence de nomination du président de la République	131
1. La nomination du Premier ministre : une compétence réelle indirectement conditionnée.....	132
2. La nomination des conseillers constitutionnels : une compétence réelle directement conditionnée.....	138
Conclusion du chapitre	139
Chapitre second. L'importance de la signature.....	141
Section 1. Limites de la thèse de la signature présidentielle comme expression d'un « pouvoir neutre ».....	143
§1. Le président de la République, un « pouvoir neutre » inconstant.....	145
A. La thèse du « pouvoir neutre » dans les écrits de Benjamin CONSTANT.....	145
1. <i>Fragments d'un ouvrage abandonné</i>	146
2. Deux « pouvoirs neutres » dans l'œuvre de CONSTANT : pouvoir neutre républicain et pouvoir neutre monarchique	148
B. Garanties de la neutralité au sens constantien et président de la République française	149
1. Des garanties de la neutralité du « pouvoir modérateur » en Monarchie	151
2. Des garanties de la neutralité du « pouvoir modérateur » en République	152
C. Des liens entre la compétence de nomination, le président de la République et les « pouvoirs neutres » constantiens.....	155
§2. Le président de la République en période de cohabitation, un pouvoir partisan	158
A. Des thèses favorables à un contrôle juridique et politique des nominations par le président de la République	160
1. Un contrôle de légalité.....	161
2. Un contrôle politique	162
B. Une critique des thèses favorables à un contrôle juridique et politique des nominations par le président de la République	166
Section 2. La signature du président de la République, expression d'une fonction symbolique	168
§1. La possibilité d'un « chef sans pouvoir »	169
A. Les « chefs sans pouvoir » des sociétés « primitives »	169
B. Les « chefs sans pouvoir » des démocraties occidentales	174
§2. Fonction symbolique et compétence de nomination honorifique du président de la Cinquième République	180
A. La fonction symbolique du président de la République française.....	181
B. Le caractère honorifique des nominations présidentielles.....	185
Conclusion du chapitre	188
Conclusion du Titre premier.....	189

Titre second. Un pouvoir capté	191
Chapitre premier. Un pouvoir capté par l'extension de la compétence.....	197
Section 1. La signification des normes habilitant le président de la République à nommer.....	198
§1. Une compétence à la ductilité maîtrisée par le législateur organique.....	198
A. Interrogations sur la possibilité d'actes de nomination non délibérés en Conseil des ministres	200
1. Des rédacteurs favorables à des nominations pourvues par décret simple.....	200
2. Des doutes suscités par l'interprétation linguistique	203
3. L'interprétation systémique : une compétence de nomination limitée au Conseil des ministres.....	204
B. Interrogations sur le caractère général de la compétence de nomination du président de la République.....	206
1. Une compétence de principe en matière de nomination : les termes du débat	206
a. Des limites à une conception présidentialisée du problème.....	206
b. Une conception primo-ministérielle recevable.....	208
2. Un possible terme au débat : une compétence de nomination formelle	210
§2. Une compétence d'exercice obligatoire.....	212
A. Arguments linguistiques : la valeur impérative de l'indicatif présent	213
B. Arguments systémiques : une confirmation du caractère obligatoire	215
C. Arguments génétiques : l'affirmation du caractère obligatoire.....	218
Section 2. Les concrétisations extensives des normes habilitant le président de la République à nommer	220
§1. Les nominations délibérées en Conseil des ministres : entre habilitation et auto-habilitation	223
A. L'habilitation à nommer en Conseil des ministres	224
1. La loi organique se référant à la Constitution.....	225
2. La loi organique énonçant une liste complémentaire d'emplois	233
B. L'auto-habilitation à nommer en Conseil des ministres	234
1. Les effets de l'inconstitutionnalité de l'ordonnance du 28 novembre 1958.....	234
a. L'inconstitutionnalité de l'ordonnance du 28 novembre 1958	234
b. Des conséquences de l'ordonnance du 28 novembre 1958 sur l'extension de la compétence présidentielle	241
2. Les effets de la jurisprudence <i>Meyet-Collas</i>	243
a. Le sens de la jurisprudence <i>Meyet-Collas</i> : la « doctrine de l'institution »	243
b. Les critiques adressées à la jurisprudence <i>Meyet-Collas</i> : une reformulation du problème.....	245

§2. Les nominations par décret simple : entre habilitation et auto-habilitation.....	248
A. L'écume des nominations : des décrets présidentiels simples autorisés par le législateur organique	249
1. Des nominations par décret présidentiel simple jalonnant l'ensemble d'une carrière	249
2. Des nominations par décret simple limitées à l'entrée dans la carrière.....	251
a. Une certaine redondance : la nomination des membres des corps dont le recrutement est assuré par l'ENA et l'école polytechnique	251
b. Une possible contradiction : le cas litigieux de la nomination des administrateurs de la ville de Paris	254
B. Le flot des nominations : des décrets présidentiels simples partiellement laissés à la volonté présidentielle.....	256
1. La compétence de nomination résiduelle du Premier ministre.....	257
2. La compétence de nomination des ministres et « autorités subordonnées »	260
Conclusion du chapitre	263
Chapitre second. Un pouvoir capté permettant l'extension de la compétence.....	265
Section 1. Le rôle des nominations dans le processus constituant de 1958.....	270
§1. L'influence des nominations sur l'écriture de la Constitution	271
A. La nomination des ministres et du Comité consultatif constitutionnel	273
1. DE GAULLE et les ministres gaulliens avant le Comité consultatif constitutionnel	273
2. Des membres nommés par DE GAULLE au Comité consultatif constitutionnel	276
B. La nomination des conseillers d'État.....	280
1. Des membres du Conseil d'État au sein du « groupe d'experts » entourant Michel DEBRÉ	280
2. Le rôle de l'institution	283
§2. L'influence des nominations sur l'élaboration des premières normes de concrétisation..	284
A. L'écriture de l'ordonnance de 1958 concernant les emplois civils et militaires de l'État	285
B. La « doctrine TRICOT » des nominations.....	288
Section 2. Le rôle des nominations dans l'évolution de l'habilitation présidentielle	290
§1. La nomination du Gouvernement	291
§2. Des nominations de parlementaires	302
A. Le principe : des incompatibilités protectrices de la fonction parlementaire	302
B. L'exception : des nominations susceptibles d'attenter à la fonction parlementaire.....	305
§3. La nomination de « comités de réformes ».....	311

Conclusion du chapitre	314
Conclusion du Titre second	317
Conclusion de la première Partie	319
Seconde partie. Les contrôles inefficaces des nominations du président de la Cinquième République.....	321
Titre premier. Les limites des contrôles classiques des nominations présidentielles	327
Chapitre premier. La pluralité des participants au processus de nomination	331
Section 1. La volonté de la personne nommée comme condition résolutoire de la nomination. 337	
§1. L'évolution des conceptions doctrinales : de la nomination comme acte contractuel à la nomination comme acte unilatéral	337
A. Les limites des conceptions contractualistes	338
B. Les faiblesses de la conception unilatéraliste	340
§2. L'importance de la participation du nominataire : l'acte de nomination comme acte administratif unilatéral affecté d'une condition résolutoire.....	343
A. L'apport de la thèse de Roger BONNARD	343
B. La pérennité relative de la thèse de Roger BONNARD	345
1. Une condition résolutoire affectant la majorité des actes de nomination : l'accord du nominataire	345
2. Une condition résolutoire inapplicable à certaines nominations : les limites de la volonté du nominataire	347
Section 2. La pluralité des auteurs comme fragmentation de la compétence de nomination	349
§1. La pluralité des participants à l' <i>instrumentum</i>	351
A. Le signataire des actes de nomination	351
B. Les contresignataires des décrets de nomination.....	353
§2. La pluralité des participants au <i>negotium</i>	360
A. Initier l'acte : un choix sur les noms.....	361
1. Les rapporteurs contribuant à la désignation	361
2. Les autorités proposant ou présentant un candidat à une nomination	363
3. Les jurys de concours sélectionnant les nominataires potentiels.....	367
B. Se prononcer sur un projet d'acte : une opinion sur les désignations.....	370
1. Les autorités émettant un avis sur un projet de nomination	371
2. Le Conseil des ministres délibérant sur une nomination	378
Conclusion du chapitre	381
Chapitre second. La pluralité des règles d'édiction des actes de nomination	383
Section 1. Des règles encadrant le processus de nomination	384

§1. Existence et vacance du poste à pourvoir	384
A. L'existence des postes à pourvoir	384
1. L'existence de l'emploi	385
2. L'existence des fonctions, titres ou dignités	387
B. La vacance du poste à pourvoir	389
1. La vraie vacance : un poste à pourvoir	389
2. La fausse vacance : le cas de l'illégalité de la révocation du prédécesseur	393
§2. Formes et procédures des actes de nomination	395
A. Les formes des actes de nomination	395
B. Les procédures d'édition des actes de nomination	397
1. L'articulation des règles de consultation	398
2. Le parallélisme des compétences, des formes et procédures	400
Section 2. Des règles limitant le pouvoir de désignation	403
§1. Le contrôle tenu du pouvoir de nomination arbitraire	404
A. Les nominations sous l'empire de l'article 16 de la Constitution	404
B. Les nominations de l'entourage présidentiel	409
§2. Le contrôle insuffisant du pouvoir de désignation discrétionnaire	416
A. La variété des emplois ou fonctions pourvus de façon discrétionnaire	417
1. Le tour extérieur	417
2. Les emplois à la décision du Gouvernement	422
B. La variété des conditions pesant sur l'exercice du pouvoir de nomination discrétionnaire	426
1. L'état de la personne à nommer : des limitations ténues	427
a. La nationalité : une condition pesant seulement en cas de titularisation ?	428
b. La jouissance des droits civiques : un principe s'imposant à toute nomination	431
c. Les capacités physiques : une condition variable	432
d. Le sexe : des discriminations positives au champ d'application croissant	434
e. L'âge : une pseudo-condition	439
2. Les « vertus et talents » de la personne à nommer : des limitations puissantes mais peu sanctionnées	441
Conclusion du chapitre	446
Conclusion du titre premier	449
Titre second. Les limites du contrôle parlementaire des nominations présidentielles	451
Chapitre premier. Un contrôle limité des nominations présidentielles	459
Section 1. Un contrôle au champ d'application étroit	461
§1. Un champ d'application partiellement déterminé par le Constituant	462

A. Les emplois nécessairement soumis à la procédure en vertu d'une disposition constitutionnelle	462
B. Les emplois nécessairement exclus de la procédure en vertu d'une disposition constitutionnelle	464
§2. Un champ d'application partiellement laissé à l'appréciation du législateur organique ..	467
A. Les critères matériels s'imposant au législateur organique	467
1. Emplois et fonctions	468
2. Importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation	469
B. La liste établie par le législateur organique et ses conséquences sur l'habilitation présidentielle	471
1. Une première liste d'emplois ou fonctions établie en 2010	472
2. Les modifications de la liste ou la question de l'« encadrement » de la compétence de nomination présidentielle.....	478
3. Des conséquences de la loi organique de juillet 2010 sur la ductilité de l'habilitation présidentielle.....	483
a. De nouveaux emplois dont la nomination ne peut être déléguée au Premier ministre.....	483
b. Le rapport entre la procédure de l'article 13 alinéa 5 de la Constitution et les « garanties légales des exigences constitutionnelles »	483
Section 2. Un contrôle à la portée nuancée	488
§1. Un contrôle restreint à l'erreur manifeste de désignation.....	489
A. Une procédure disputée entre majorité et opposition	490
B. Une procédure disputée entre les deux assemblées	494
§2. Un contrôle favorisant la transparence de la procédure de désignation	498
A. L'audition du candidat	498
1. L'audition obligatoire du candidat : un gage de transparence	500
2. La publicité de l'audition : principe et exceptions.....	504
3. Le délai : un enjeu politique majeur	508
B. La publication des avis	511
Conclusion du chapitre	513
Chapitre second. Un contrôle aux conséquences ambiguës sur les institutions de la Cinquième République.....	515
Section 1. Un contrôle aux effets ambigus sur les autorités de nomination.....	516
§1. Un nouvel équilibre des pouvoirs entre les Chambres	517
A. Une procédure contribuant au « renouveau des commissions permanentes »	520

B. Une procédure contribuant au renforcement du Sénat.....	522
1. La prédominance du nombre de sénateurs susceptibles de voter	523
2. La prédominance du nombre de sénateurs votant effectivement.....	525
§2. Une confirmation du déséquilibre des pouvoirs en faveur du président de la République	
.....	527
A. Une procédure de nomination source de légitimation du présidentielisme.....	527
1. L'indifférence quant à la contresignature	528
2. L'avis parlementaire comme caution	530
B. Une procédure de nomination susceptible d'échapper au contrôle juridictionnel.....	532
1. La possible extension du nombre d'actes de gouvernement	533
a. La reconnaissance de nouveaux actes de gouvernement : une solution possible	
mais opposée au sens de la réforme	533
b. La reconnaissance de nouveaux actes de gouvernement : la subsistance d'un	
« crypto-contrôle »	536
2. Le possible abandon des actes de gouvernement	538
Section 2. Un contrôle aux effets ambigus sur les bénéficiaires des nominations.....	541
§1. Une procédure ne garantissant pas la compétence des nominataires.....	542
A. La « vérification des compétences » des candidats : une ambition en quête de sens....	542
B. La « vérification des compétences » des candidats : une ambition en quête de référence	
.....	547
§2. Une procédure ne garantissant pas l'indépendance des nominataires	553
Conclusion du chapitre	559
Conclusion du titre second	561
Conclusion de la seconde partie.....	563
Conclusion générale.....	565
Annexes	571
Annexe 1. Comparaison sélective.....	572
Annexe 2. Entretiens.....	575
I. Présentation de la démarche suivie	575
1. La liste des personnes contactées et/ou interrogées	575
2. La méthode adoptée	576
2. 1 Le choix des acteurs interrogés.....	576
2. 2 Le choix de la forme de l'entretien : l'entretien semi-directif.....	577
3. La grille d'entretien semi-dirigé.....	579
II. Comptes rendus des entretiens.....	580

Entretien avec M. Renaud DENOIX DE SAINT MARC, le 6 juin 2013	581
Entretien avec M. Frédéric SALAT-BAROUX, le 11 juin 2013.....	593
Entretien avec M. Marceau LONG, le 14 juin 2013	605
Entretien avec Mme Sylvie MARAIS-PLUMEJEAU, le 25 juillet 2013	623
Entretien avec M. Michel ROCARD, le 6 septembre 2013	633
Entretien avec M. Michel CHARASSE, le 24 septembre 2013	645
Entretien avec M. Jean-Louis BIANCO, le 12 septembre 2013	659
Bibliographie	667
I. Ouvrages.....	667
I. 1. Dictionnaires & Encyclopédies	667
I. 2. Traités, Manuels, Précis & Recueils de décisions	668
I. 3. Thèses & Mémoires universitaires	674
I. 4. Monographies, ouvrages généraux & ouvrages collectifs.....	681
I. 5. Autobiographies, biographies & témoignages.....	693
II. Articles & chapitres d'ouvrages	695
III. Rapports & documents officiels	726
IV. Films documentaires, archives écrites, audio & audiovisuelles.....	729
IV. 1. Archives écrites : documents des archives nationales.....	729
IV. 2. Archives audio.....	731
IV. 3. Archives audiovisuelles.....	731
V. Arrêts, avis & décisions.....	732
VI. Sites internet	745
Index.....	747
Index onomastique	749
Index thématique.....	755
Index jurisprudentiel	765
Conseil constitutionnel	765
Conseil d'État	767
Autres juridictions.....	771
Table des matières.....	773
Résumé de la thèse	784

La compétence de nomination du président de la Cinquième République

Résumé de la thèse

La compétence de nomination du président de la V^e République désigne l'habilitation par laquelle le chef de l'État peut attribuer un emploi, une fonction, une dignité ou un titre à une personne considérée. Partant du constat de ce que cette compétence est volontiers assimilée à un pouvoir de choisir les personnes nommées (désigner), la thèse se propose d'interroger cette évidence.

La première partie s'attache à démontrer la mutation de la compétence de nomination en un pouvoir de nomination, c'est-à-dire en une faculté de désigner et/ou de nommer sans habilitation ou en vertu d'une habilitation fautive. Cette démarche permet de mettre au jour la spécificité de cette attribution présidentielle. Si le pouvoir de nomination est un pouvoir capté, ceci s'explique essentiellement par le pouvoir de nomination lui-même. Ce phénomène se répercute sur les contrôles des nominations présidentielles : l'appropriation du pouvoir de nomination par le chef de l'État explique largement leur inefficacité. La seconde partie de la thèse en fait la démonstration.

L'étude des nominations présidentielles est riche d'enseignements. Elle offre un point de vue privilégié sur les institutions de la V^e République et permet de mieux comprendre les rapports de pouvoir qui façonnent le système politique. Une telle recherche révèle combien la manière de penser les institutions n'est pas dénuée d'effets et explique la façon dont elles sont pratiquées.

The president of the Fifth Republic's competence for appointments

Summary

As part of his competence for appointments, the president of the 5th Republic has authority to grant jobs, functions, honours or titles to any given person. This dissertation challenges the widely-held assumption that such a competence is often understood to mean the power to choose (to nominate) the persons who are appointed.

The first part of the dissertation aims at demonstrating how the president's competence for appointments has evolved into the power of appointment, that is to say the capacity to choose and/or to appoint without authorization or upon mistaken authorization. Such an approach allows to highlight how specific this presidential function is. If the power of appointment is a power that the president has acquired unduly, it can be accounted for by the very essence of the power of appointment. The phenomenon then affects the checks implemented on presidential appointments : the undue acquisition of the power of appointment by the president accounts for their ineffectiveness.

The survey of presidential appointments is most instructive. It provides valuable insights into the institutions of the 5th Republic and helps better understand the balance of powers within the political system. This research illustrates how the way institutions are constructed to a certain extent influences the way they are put into effect.

MOTS CLÉS

Président de la République ; nomination ; compétence ; pouvoir ; institutions ; Cinquième République ; V^e République ; chef de l'état ; chefs sans pouvoir ; fonction symbolique ; compétence honorifique ; démocratie ; contrôles ; contrôle parlementaire ; contrôle juridictionnel ; avis parlementaire ; contentieux ; coauteurs ; grands corps ; hauts fonctionnaires ; panoptisme ; pouvoir neutre ; droit constitutionnel ; droit administratif ; Histoire ; droit comparé ; droit de la fonction publique.

KEY WORDS

President of the Republic ; appointment ; competence ; power ; institutions ; Fifth Republic ; 5Th Republic ; head of state ; democracy ; checks ; parliamentary scrutiny ; appointment process ; judicial review ; parliamentary recommendation ; litigation ; co-authors ; senior branches of the civil service ; civil servants ; panoptisme ; Benjamin Constant's neutral power ; Constitutional law ; administrative law ; history ; comparative law ; rules applicable to French public officers.