

**BENOIT MONTAY**

**Le pouvoir de nomination de l'Exécutif sous  
la V<sup>e</sup> République**

*De la compétence liée au pouvoir de patronage*

*Mémoire de droit public approfondi sous la direction du Professeur Olivier Beaud*

## Sommaire

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>5</b>
<b>PARTIE I. UN POUVOIR A GEOMETRIE VARIABLE AUX MAINS DE L'EXECUTIF</b> .....	<b>15</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA PLURALITE DES ACTES DE NOMINATION</b> .....	<b>16</b>
<i>Section 1 : Des conditions de fond et de forme variables</i> .....	16
<i>Section 2 : Des contrôles a priori et a posteriori non homogènes</i> .....	23
<b>CHAPITRE 2 : LES POUVOIRS DE NOMINATION : UNE ECHELLE DE LA DISCRETION</b> .....	<b>32</b>
<i>Section 1 : La nomination comme compétence liée</i> .....	32
<i>Section 2 : La nomination comme pouvoir discrétionnaire</i> .....	39
<b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE</b> .....	<b>49</b>
<b>PARTIE II. LA CLE DE REPARTITION DES COMPETENCES DE NOMINATION : LE POUVOIR D'EVOCATION DU PRESIDENT</b> .....	<b>50</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA DECONCENTRATION JURIDIQUE DU POUVOIR DE NOMINATION AU SEIN DE L'EXECUTIF</b> .....	<b>51</b>
<i>Section 1 : La prérogative présidentielle : des nominations de qualité</i> .....	51
<i>Section 2 : La prérogative gouvernementale : des nominations en quantité</i> .....	59
<b>CHAPITRE 2 : LA CONCENTRATION POLITIQUE DES POUVOIRS AU PROFIT DE LA DYARCHIE</b> .....	<b>66</b>
<i>Section 1 : La captation des pouvoirs de nomination par la dyarchie</i> .....	66
<i>Section 2 : La question de la cohabitation : la bataille de la nomination</i> .....	74
<b>CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE</b> .....	<b>81</b>
<b>PARTIE III. LES FONCTIONS DE LA NOMINATION : POUVOIR DE PATRONAGE ET MAGISTRATURE D'INFLUENCE</b> .....	<b>83</b>
<b>CHAPITRE 1 : LES FONCTIONS JURIDIQUES LIEES AU POUVOIR DE NOMINATION</b> .....	<b>84</b>
<i>Section 1 : L'exercice des fonctions traditionnelles de la nomination</i> .....	85
<i>Section 2 : L'exercice matériel des autres fonctions juridiques</i> .....	92
<b>CHAPITRE 2 : LES FONCTIONS POLITIQUES LIEES AU POUVOIR DE NOMINATION</b> .....	<b>100</b>
<i>Section 1 : L'appréhension politique du pouvoir de nomination</i> .....	100
<i>Section 2 : La constitution d'un réseau de notabilité</i> .....	108
<b>CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE</b> .....	<b>119</b>
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>120</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>124</b>
<b>1. OUVRAGES GENERAUX</b> .....	124
<b>2. OUVRAGES SPECIALISES</b> .....	126
<b>3. ARTICLES ET MELANGES</b> .....	127

## **Remerciements**

Tous mes remerciements s'adressent en premier lieu au Pr Beaud qui, après avoir jugé les travaux de l'apprenti philosophe, a eu l'extrême amabilité de diriger, avec une aide précieuse et un soutien salubre, ceux de l'apprenti juriste. J'espère que ces recherches ne décevront pas leur directeur : si les conclusions peuvent paraître triviales à certains – les finalités du pouvoir de nomination se devinent presque intuitivement – peu d'auteurs les affirment avec précision, moins encore les justifient juridiquement. On verra peut-être, à la lecture de ces quelques pages, que la nomination est pourtant un outil institutionnel complexe, essentiel à la compréhension de ce qu'est un « Exécutif », dont l'essence parfois échappe à qui regarde de manière trop positive les textes.

Que soit également remercié Julien Brocard pour son soutien intellectuel indéfectible. Je tâcherai de ne plus éprouver, par un nouveau mémoire, son sens monomotapien de l'amitié : après l'histoire et la philosophie qui lui sont si naturelles, sa maîtrise forcée du droit a achevé de me convaincre de la grandeur de l'ami et de l'honnêteté de l'homme.

Enfin, je tiens à remercier le Pr Rials de m'avoir donné, par la philosophie, le goût du droit et la possibilité de l'étudier. Mes travaux les moins mauvais lui devront toujours ce qu'ils ont de meilleur, à lui et au *kairos* que fut pour moi notre rencontre.

« Entre les marques de la souveraineté parfaite et absolue, la plus noble et la plus importante à l'État est celle de pouvoir instituer les officiers. C'est pourquoi les princes souverains ont de tout temps aussi soigneusement chéri le droit de conférer les charges et les dignités de leur empire que leurs sujets ont été ambitieux d'avoir le bonheur de les posséder. »

Cardin LE BRET, *De la souveraineté du roi*, II, 1

## Introduction

**M**ODE DE DESIGNATION DES HOMMES du conseil d'Alexandre le Grand, moyen d'investiture persistant même sous la République romaine, instrument de la stratégie des magistratures à l'époque impériale<sup>1</sup> et procédé évidemment au cœur de l'administration d'Ancien Régime<sup>2</sup>, la nomination représente une des prérogatives essentielles de tout « Exécutif », au point que nous pourrions dire avec Talleyrand que « l'art de mettre les hommes à leur place est le premier, peut-être, dans la science du gouvernement<sup>3</sup> ».

Cette prérogative royale, théorisée par Pufendorf comme une des *partes potentiales summi imperii*<sup>4</sup>, a été transmise, par-delà la Révolution française, au nouveau régime constitutionnalisé en 1791 et, avec lui, de proche en proche, à la V<sup>e</sup> République. Mais si, à ses origines, le pouvoir de nomination échu à l'Exécutif royal se cantonnait à la désignation des ministres, des ambassadeurs, du personnel militaire en proportion limitée et à celui de quelques emplois administratifs choisis<sup>5</sup>, la formule retenue par la Constitution du 4 octobre 1958, notamment aux articles 13 et 21, semble consacrer une certaine extension du pouvoir de nomination de l'Exécutif : le président de la République et, sous réserve des dispositions le concernant, le Premier ministre nommeraient « aux emplois civils et militaires » de l'État. Formulation aussi vaste que laconique qui révèle autant la grande latitude confiée aux titulaires du pouvoir qu'elle cache l'extrême complexité du régime juridique de la nomination<sup>6</sup>. Or, à mesure que s'est déployée cette prérogative importante, de 1791 à nos jours, il semblerait que les études la concernant se sont, dans un mouvement inverse, raréfiées, reléguant aux administrativistes, et notamment aux spécialistes de la fonction publique, le soin d'embrasser dans leur domaine propre cette question. Hormis certains points

---

1 GAUDEMET J., *Les Institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, coll. « Domat », 2000, p. 102, pour la Grèce classique ; p. 169, pour les survivances de la nomination de l'époque royale sous la République romaine ; p. 284-287 pour le pouvoir de l'empereur de nommer et de révoquer *ad nutum* les magistrats.

2 SAINT-BONNET F. et SASSIER Y., *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, coll. « Domat », 2006, p. 334-338. Cf. également, sur les fonctions publiques ordinaires et extraordinaires, LOYSEAU C., *Traité des offices* [1610], IV, Lyon, Compagnie des libraires, 1701, p. 244.

3 TALLEYRAND, « Essai sur les avantages à retirer des colonies nouvelles dans les circonstances présentes », in *Mémoires de l'Institut national des sciences et arts*, II, Paris, Baudouin, 1799, p. 293.

4 Le pouvoir de nomination est le *jus magistratus constituendi* qui permet d'établir des ministres et des magistrats subalternes (PUFENDORF, *De jure naturæ et gentium* [1672], VII, IV, 6, Amsterdam, Joannes Wolters, 1704, p. 690). C'est aussi une des vraies marques de la souveraineté chez Bodin (*Les Six Livres de la République*, I, X, éd. G. Mairet, LGF, coll. « Le Livre de Poche », 1993, p. 165), une fonction de l'Exécutif chez Kant (*Métaphysique des mœurs*, « Doctrine du droit », § 49, éd. et trad. A. Renaut, GF-Flammarion, 1994, t. II, p. 132) et un élément du pouvoir neutre chez Constant (*Principes de politique*, in *Écrits politiques*, éd. M. Gauchet, Gallimard, 1997, coll. « Folio essais », p. 336).

5 Pour les ministres, cf. art. 1<sup>er</sup> de la sect. IV du chap. II du titre III, et pour le reste des nominations, art. 6 de la sect. II du chap. III du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791. Pour les tensions auxquelles donna lieu la constitutionnalisation du pouvoir de nomination, cf. GLENARD G., *L'Exécutif et la Constitution de 1791*, PUF, coll. « Léviathan », 2010, p. 233, 311 et 436.

6 « Le régime actuel est, au moins juridiquement, plus complexe que celui des deux républiques précédentes » (MASSOT J., *La Présidence de la République*, La Documentation française, 1977, p. 148).

développés de façon restreinte dans des thèses de droit administratif parues sous la V<sup>e</sup> République<sup>7</sup>, le droit constitutionnel paraît avoir abandonné l'ambition de mener une réflexion d'ensemble sur la nomination au profit d'études plus spécialisées, parues sous la forme d'articles, et ne traitant que d'aspects techniques particuliers, au gré des modes qu'impose l'actualité juridique. Il apparaît donc nécessaire, à l'heure actuelle, d'établir une analyse précise de ce pouvoir, à plus forte raison que la récente réforme constitutionnelle de 2008 a pu, en ajoutant un cinquième alinéa à l'article 13 de la Constitution, en modifier quelque peu les objectifs<sup>8</sup>.

### *Qu'est-ce que le « pouvoir de nomination » ?*

La nomination, dans son acception juridique la plus générale, est « l'acte administratif par lequel l'autorité compétente désigne l'agent appelé à occuper un emploi déterminé<sup>9</sup> ». Une telle définition appelle d'emblée des précisions concernant quatre variables fondamentales : l'autorité, l'acte, l'agent, l'emploi.

Premièrement, comme toute édicition d'acte juridique, la nomination est prise par une autorité en vertu d'un pouvoir, ou plutôt d'une compétence<sup>10</sup> que le constituant (ou, par délégation, le titulaire initial du pouvoir) lui a confiée. Dans le cadre de notre sujet, l'autorité dont il s'agit est l'« Exécutif » de la V<sup>e</sup> République, que nous traiterons sous son aspect bicéphale en retenant pour notre étude les actes du président de la République, du Premier ministre et des ministres, qui exercent tour à tour un pouvoir tantôt propre, tantôt partagé, de manière discrétionnaire ou de manière liée.

---

7 Nous faisons essentiellement référence aux thèses de Jean Duport (*Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, thèse de l'université Paris II, 1976) d'Alain Souloumiac (*Le Pouvoir de nomination*, thèse de l'université Paris II, 1979) et de Christian Thérésine (*La Nomination des agents publics en droit français*, thèse de l'université Paris I, 1981).

8 Évidemment, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n° 2008-724 de modernisation de la V<sup>e</sup> République), en ajoutant à l'article 13 de la Constitution un cinquième alinéa encadrant le pouvoir de nomination du président de la République, a suscité de nombreuses publications (cf. VIDAL-NAQUET A., « Un président de la République plus “encadré” ? », *La Semaine juridique [JCP G]*, 30 juillet 2008, n° 31, p. 28-34 ; « Des nominations sous contrôle ? », *Les Petites Affiches*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 22-23 ; « Modalités d'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », *La Lettre Omidroit*, 10 juin 2009, n° 54, p. 21 ; MAHERZI D., « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1<sup>er</sup> décembre 2011, n° 3, p. 1335-1357).

9 LOCHAK D., art. « Nomination », in DUHAMEL O. et MENY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992. C'est également la définition qu'en donne Alain Souloumiac dans sa thèse (*Le Pouvoir de nomination, op. cit.*, t. I, p. 206), définition qui reprend le sens originel de la *nominatio* dont Gaffiot précise que le latin cicéronien l'entend comme la nomination à une fonction, acception différente de la nomination considérée historiquement non comme un mode de désignation particulier, mais comme la désignation elle-même ; ainsi, les constituants de 1791 utilisaient le terme comme synonyme d'élection (cf. Constitution du 3 septembre 1791, art. 3, sect. I<sup>er</sup>, chap. I<sup>er</sup>, titre III).

10 Le *pouvoir* de nomination dont il est question n'est pas un « élément fractionné de la souveraineté » comme pourraient l'être le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif (DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 1928, 3<sup>e</sup> éd., t. II, p. 669), mais une *compétence*, c'est-à-dire, pour une autorité, « les actes normateurs que le droit l'habilite à accomplir, [...] l'ensemble des “actes juridiques” qui lui sont permis par l'ordre juridique » (EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. I, p. 490).

Deuxièmement, si l'exercice du pouvoir de nomination passe par l'édition d'actes juridiques, il faut préciser que ces actes sont tous des actes de droit public : d'un point de vue formel, il s'agit d'actes administratifs unilatéraux ; d'un point de vue matériel, les actes de nominations sont des actes individuels et plus précisément des actes-conditions<sup>11</sup>. Toutefois, en tant qu'actes juridiques, les nominations répondent à des exigences de fond et de forme variables qui, nous le verrons, s'adaptent selon la nature de l'agent et de l'emploi considérés.

Troisièmement, si le pouvoir de nomination vise à investir un « agent » d'une fonction publique, cet « agent » ne semble pas appartenir à une catégorie cohérente, invariante et générale (celle de personne physique, par exemple) : il peut être un fonctionnaire placé dans une situation légale et réglementaire, soumis aux différents statuts de la fonction publique, mais il peut également être une personne privée aux aptitudes précises, appartenant à une classe d'âge déterminée.

Quatrièmement enfin, les emplois qui font l'objet du pouvoir de nomination, s'ils peuvent se comprendre *lato sensu* comme des « fonctions publiques<sup>12</sup> », ne sont, pas plus que les « agents », une constante de notre définition : certains emplois pourvus par nomination seront purement administratifs, d'autres seront des emplois politiques, ces deux catégories pouvant encore se trouver complétées par une troisième, celle des emplois supérieurs<sup>13</sup>. En outre, ces trois catégories n'épuisent pas la signification de l'« emploi » qui fait l'objet du pouvoir de nomination : il peut tout aussi bien s'agir d'une promotion (nomination à un grade ou à un échelon) ou encore d'une nomination dans un ordre honorifique. Bien que notre étude se concentre essentiellement sur les nominations qui prennent pour fondement constitutionnel l'article 13 de la Constitution et ses retombées organiques, nous évoquerons nécessairement, à des fins de comparaison, les autres procédures de nomination.

Une première approche définitoire du pouvoir de nomination nous le présente donc comme une large équation à multiples inconnues (les quatre précédentes ne sont que les variables fondamentales sur lesquelles, au cours du développement, d'autres viendront s'ajouter).

---

11 « L'acte de nomination est un acte individuel attributif d'une situation générale et impersonnelle, c'est-à-dire un *acte-condition* » (LAUBADERE A. [de], *Traité de droit administratif*, § 29, LGDJ, 1992, 9<sup>e</sup> éd., t. II, p. 30).

12 « La fonction publique au sens large est l'ensemble des personnes au service de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs. Au sens restreint et juridique, ce sont les agents des personnes publiques qui ont la qualité de fonctionnaires » (THOMAS-TUAL B., *Droit de la fonction publique de l'État*, Ellipses, 2005, p. 5).

13 Au sujet des emplois à la décision du gouvernement, René Chapus note qu'« il s'agit d'emplois tout à fait supérieurs, politiques autant qu'administratifs » (CHAPUS R., *Droit administratif*, § 220, Montchrestien, 2000, t II, p. 189).

## *La complexité du régime actuel*

Dans ces conditions, établir précisément le régime du pouvoir de nomination qui a cours sous la V<sup>e</sup> République relève de la gageure, et un bref panorama de ce régime, en fonction des autorités de l'Exécutif et des différents degrés de norme, pourrait le confirmer.

En effet, à l'échelle constitutionnelle, les prérogatives de nomination du président de la République se divisent entre les articles 8 (nomination du Premier ministre), 13 (nominations aux emplois civils et militaires de l'État et nominations en Conseil des ministres), 56 (nomination des membres du Conseil constitutionnel), 65 (nomination de personnalités qualifiées au Conseil supérieur de la magistrature) et 71-1 (nomination du Défenseur des droits). À l'échelle organique, l'ordonnance du 28 novembre 1958<sup>14</sup> complète par son article 1<sup>er</sup> la liste des emplois de l'article 13 de la Constitution pourvus par décret en Conseil des ministres, tandis que son article 2 fixe une liste d'emplois pourvus par décret simple. Des mesures contenues dans le décret du 29 avril 1959<sup>15</sup> (modifié à de nombreuses reprises) viennent parfaire le régime réglementaire du pouvoir de nomination du président de la République : l'annexe du décret complète la liste des emplois de direction pourvus par décret en Conseil des ministres et visés à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance de 1958. Enfin, pour achever ce réseau de normes encadrant le pouvoir de nomination du chef de l'État, il serait nécessaire de prendre en compte les innombrables dispositions législatives qui, au cas par cas, encadrent l'exercice de cette prérogative<sup>16</sup>.

S'il semble que, au niveau constitutionnel, le Premier ministre soit titulaire d'un pouvoir propre de nomination, qu'il exercerait sur le fondement de l'article 21 (alinéa 1<sup>er</sup>), il apparaît en revanche que la combinaison de l'alinéa 4 de l'article 13 de la Constitution de 1958 avec l'article 3 de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 précédemment citée réduit ce pouvoir à une simple compétence déléguée : une compétence d'attribution ; la disposition constitutionnelle précise en effet qu'« une loi organique détermine [...] les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom » et l'article 3 de l'ordonnance organique susvisée dispose que « l'exercice du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires de l'État autres que ceux [réservés au chef de l'État] peut être délégué au Premier ministre par décret du président de la République ». À supposer que le Premier ministre exerce sa prérogative de nomination sous réserve de ces dispositions (selon l'article 21 de la

---

14 Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 *portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État*, JO du 29 novembre 1958, p. 10687 rectificatif du 9 décembre 1958.

15 Décret n° 59-587 du 29 avril 1959 *relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales*, JO du 2 mai 1959, p. 4723.

16 Par exemple, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* modifiée, JO du 1<sup>er</sup> octobre 1986, p. 11755, dispose dans son article 4 que le « Conseil supérieur de l'audiovisuel comprend neuf membres nommés par décret du président de la République [dont] trois membres sont désignés par le Président de la République ».



Constitution), force est donc d'admettre avec la majorité de la doctrine que la compétence de principe revient au président de la République<sup>17</sup>. Or, étant donné qu'aucun décret général portant application de l'article 3 de l'ordonnance organique de 1958 n'a été pris et que les décrets particuliers de délégation sont extrêmement rares<sup>18</sup>, le Premier ministre ne possède en réalité qu'un faible pouvoir qu'il exerce soit par décret pour les nominations ne concernant pas les emplois publics<sup>19</sup>, soit, comme membre du gouvernement, par arrêté, pour des emplois que nous allons préciser ci-après avec le régime de la prérogative ministérielle de nomination.

Il serait difficile de reprocher à la littérature constitutionnelle d'être oublieuse des ministres lors même que la Constitution les évoque relativement peu, au nom peut-être de la collégialité de l'organe « gouvernement ». Néanmoins, absent du degré constitutionnel des normes, le pouvoir de nomination des ministres ne l'est pas au niveau organique et semble trouver un fondement dans l'article 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958 qui dispose que, pour des raisons de « simplification ou de déconcentration administratives », le pouvoir de nomination peut être confié « aux ministres ou aux autorités subordonnées » : tous les fonctionnaires de l'État, autres que ceux nommés par voie de décret présidentiel (simple ou en Conseil des ministres), sont nommés par arrêté de leur ministre de tutelle<sup>20</sup>. À ces nominations s'ajoutent évidemment, pour les ministres comme pour le Premier ministre, celles de leur cabinet respectif, nominations particulières que nous traiterons plus en détail au cours de notre développement. Enfin, des dispositions législatives et réglementaires viennent enrichir le régime juridique du pouvoir de nomination du gouvernement : l'article 25 du titre II du statut général des fonctionnaires<sup>21</sup> prévoit 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 ». Ce décret a été pris le 24 juillet 1985<sup>22</sup> et fixe une liste non limitative<sup>23</sup> de ces emplois laissés, selon le terme du statut des

---

17 Cf. YOLKA P., « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1999, n° 3, p. 725 ; CHAPUS R., *Droit administratif, op. cit.*, t. II, § 226, p. 194 ; SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination, op. cit.*, t. II, p. 73. Pour une opinion divergente, cf. COHENDET M.-A., *La Cohabitation, leçons d'une expérience*, PUF, 1993, p. 190.

18 Cf. SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination, op. cit.*, t. II, p. 79 : l'auteur donne trois exemples qui ne sont malheureusement plus de droit positif : le décret n° 70-401 du 13 mai 1970 *relatif aux instituts régionaux d'administration* (*JO* du 14 mai 1970, p. 4540) ; le décret n° 94-809 du 16 septembre 1994 *relatif à la nomination des professeurs des écoles d'architecture* (*JO* du 17 septembre 1994, p. 13326) ; le décret n° 92-36 du 9 janvier 1992 *relatif aux nominations des conservateurs généraux des bibliothèques* (*JO* du 12 janvier 1992, p. 611).

19 Comme les membres des conseils d'administration de certaines entreprises publiques, selon YOLKA P., « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, note n° 28, p. 726.

20 Cf. MASSOT J., *La Présidence de la République, op. cit.*, p. 150.

21 Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*, *JO* du 12 janvier 1984, p. 271.

22 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*, *JO* du 27 juillet 1985, p. 8535. Ce décret actualise plus précisément un décret du 21 avril 1959.

23 Dans l'arrêt *Teissier* (CE, 13 mars 1953, *D.*, 1953, p. 735), le commissaire du gouvernement, Jean Donnedieu de Vabres, note ainsi que la qualification d'emplois qui « doivent rester à la discrétion du gouvernement »

fonctionnaires, à la « décision » du gouvernement, lequel terme « étant pratiquement synonyme de “discrétion”<sup>24</sup> ».

Sans entrer plus avant dans la complexité de la nomination (il s’agissait simplement de mettre au jour l’architecture « brute » de son régime juridique qui est un prérequis nécessaire à notre étude), nous voyons que le réseau de normes l’encadrant compose un écheveau presque inextricable que la doctrine n’a que partiellement démêlé.

### *L’état de la doctrine*

À considérer la production parue sous la V<sup>e</sup> République, une des élucidations majeures de la doctrine aboutirait au constat d’un double divorce : celui entre la théorie de la nomination et la pratique observée, et celui entre l’analyse juridique du pouvoir de nomination et son analyse politique.

On n’a pas manqué ainsi de remarquer que si le constituant de 1958 avait cherché à équilibrer la prérogative de nomination au sein du couple formé par le chef de l’État et le chef du gouvernement<sup>25</sup>, ce pouvoir était resté en théorie (faute, entre autres, de décret portant application de l’article 3 de l’ordonnance organique du 28 novembre 1958) l’apanage du président de la République, ressuscitant ainsi la formule de l’article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875<sup>26</sup>. En matière de nomination cependant, la pratique constitutionnelle, loin d’abaisser la V<sup>e</sup> au rang de pâle copie de la III<sup>e</sup> République, semble plutôt faire renouer celle-là avec la IV<sup>e</sup> République<sup>27</sup> en laissant au chef de l’État le soin de nommer aux emplois les plus importants par voie de décret et au Gouvernement le soin de nommer au reste des emplois par voie d’arrêté<sup>28</sup>. À ce divorce entre la théorie et la pratique correspond un autre divorce, entre le juridique et le politique.

---

dépend de la jurisprudence « qui fixe elle-même la ligne de partage » et qui retient « un double critère, qui s’attache d’une part à l’absence de tout statut de l’emploi considéré, et d’autre part à la nature des fonctions exercées » (*ibid.*, p. 736).

24 LAUBADERE A. (de), *Traité de droit administratif*, § 91, *op. cit.*, t. II, p. 72.

25 En équilibrant les pouvoirs des différentes autorités de nomination, le constituant de 1958 cherchait à éviter deux écueils : celui de l’encombrement du Conseil des ministres pour la nomination des petits fonctionnaires et celui de l’absence de contrôle pour la nomination des très hauts fonctionnaires (cf. *Documents pour servir à l’histoire de l’élaboration de la Constitution de 1958*, La Documentation française, 1988, t. II, p. 331). C’est ce même souci d’équilibre qui anime le comité Vedel (cf. *Rapport remis au président de la République le 15 février 1993 par le comité consultatif pour la révision de la Constitution*, JO du 16 février 1993, p. 2537).

26 « Le président de la République [...] nomme à tous les emplois civils et militaires » (article 3, loi du 25 février 1875 relative à l’organisation des pouvoirs publics, JO du 28 février 1875, p. 1521). Cf. MASSOT J., *La Présidence de la République*, *op. cit.*, p. 148.

27 L’article 47 de la Constitution de 1946 confère au président du Conseil une compétence de principe pour les nominations aux emplois civils et militaires, et c’est sur le fondement des articles 30, 46 et 84 que le président de la République nomme (par voie de décret en Conseil des ministres) aux plus hauts emplois.

28 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cit., p. 729 et 739 ; voir aussi MASSOT J., *La Présidence de la République*, *op. cit.*, p. 150.

Dans son projet de réduire le réel à des catégories juridiques, le droit échoue parfois à bâtir un monde de la norme qui ne soit pas, au regard du monde réel, qu'un monde fantasmé. En ce sens, si les auteurs ont souligné que la pratique juridique du pouvoir de nomination permettait une répartition des compétences au sein de l'Exécutif, il ne leur a pas échappé que d'un point de vue politique cette répartition s'annulait d'elle-même en cas de fait majoritaire et s'altérait en cas de cohabitation. Les jeux d'influence politique font que le titulaire du pouvoir de nomination n'exercera que juridiquement sa prérogative mais qu'elle sera matériellement le choix d'un supérieur politique : tel ministre nommera son directeur de cabinet de manière discrétionnaire sur le plan juridique, mais entérinera en réalité la proposition du président de la République, haussé au rang de titulaire matériel du pouvoir de nomination.

Ces deux divorces invitent donc à éprouver la théorie du pouvoir de nomination à l'aune d'une analyse pratique et concrète. Que dire en effet d'un pouvoir qui recouvre tout aussi bien la nomination d'un professeur d'université par décret du président de la République, lequel est pris, sans grande marge de manœuvre<sup>29</sup>, conformément aux délibérations d'un jury d'agrégation, la nomination purement discrétionnaire ou purement liée d'un conseiller technique par voie d'arrêté ministériel, ou celle encore du Premier ministre par voie de décret présidentiel, lequel ferait partie de la catégorie la plus politique des actes juridiques, celle des actes insusceptibles de recours, des actes de gouvernement ?

### *L'hypothèse, la méthode et le système*

Face à cet état de la doctrine, le point de départ de toute analyse actuelle du pouvoir de nomination ne pourrait être que la conclusion de ceux-là mêmes qui l'ont étudié avant nous. Et les derniers mots de Philippe Yolka dans son article de 1999 sonnent comme une incitation à la recherche : « Il faudrait peut-être davantage parler *des* pouvoirs de nomination que *du* pouvoir de nomination<sup>30</sup>. »

Prenant au pied de la lettre ces quelques mots, nous allons ainsi montrer que le pouvoir de nomination, rare « pouvoir » à être mentionné dans la Constitution de 1958<sup>31</sup>, n'existe pas en tant que tel mais recoupe en réalité un processus complexe dans lequel se rencontrent ou s'opposent différentes volontés, décisions, compétences. C'est ce processus qu'il s'agirait justement de mettre au jour. Pour ce faire, pour qu'au divorce constaté succède

---

29 Conformément à l'article 20 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*, précédemment citée, qui dispose que « chaque concours donne lieu à l'établissement d'une liste classant par ordre de mérite les candidats déclarés aptes par le jury » (alinéa 1<sup>er</sup>) et que « les nominations sont prononcées dans l'ordre d'inscription sur la liste principale » (alinéa 5).

30 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 757-758.

31 Avec les « pouvoirs exceptionnels » et le « pouvoir réglementaire », le pouvoir de nomination est une des rares compétences à être explicitement dénommées « pouvoirs » dans la Constitution de 1958.

l'union de la théorie et de la pratique, du juridique et du politique, il est nécessaire d'apporter quelques précisions méthodologiques.

Si tout pouvoir permet à une autorité d'édicter des actes juridiques, comme l'acte de nomination, il est essentiel d'adopter le *critère matériel* pour dresser une analyse complète des actes édictés dans l'exercice du pouvoir de nomination. Une telle analyse implique par conséquent de raisonner d'abord en administrativiste, mais en administrativiste quelque peu mathématicien, qui sache extraire de son étude une équation de l'acte de nomination en fonction de différentes variables : un tel acte est fonction de son auteur, de son éventuel coauteur, des conditions de fond et de forme qui lui sont attachées, des procédures de contrôle *a priori* (les éventuels avis), mais aussi des procédures de contrôle *a posteriori* (le régime contentieux de l'acte), pour ne donner que quelques exemples saillants.

Pour autant, cette analyse de l'acte de nomination n'a d'intérêt que si elle se met au service d'une compréhension plus large du pouvoir de nomination lui-même, en regroupant certains actes au sein de catégories qui correspondraient aux compétences réunies sous l'appellation « pouvoir de nomination » : des actes sur lesquels ne pèse aucune contrainte juridique témoigneront d'un pouvoir pur de nomination ; à l'inverse, des actes trop juridiquement encadrés trahiront une simple compétence d'entérinement. C'est donc en constitutionnaliste qu'il faut ensuite penser l'étendue de cette prérogative pour essayer de dépasser l'opposition stérile entre « pouvoir discrétionnaire » et « compétence liée » et essayer d'organiser, en adoptant le *critère organique*, ces diverses compétences au sein des autorités composant l'Exécutif : le jeu politique fera, par exemple, que le pouvoir pur de nomination d'un ministre sera réduit à un pouvoir de suggestion ou, au contraire, il élargira le pouvoir d'entérinement du président de la République à un pouvoir de désignation. On l'aura compris, « la question consiste donc plus à savoir qui dispose de la faculté de choisir que du pouvoir de nommer au sens formel<sup>32</sup> ». Le travail commun du constitutionnaliste et de l'administrativiste permettra d'aboutir à un système dans lequel la typologie des pouvoirs sera fonction d'une typologie des actes, elle-même fonction de plusieurs variables. Ce premier travail dévoilera les différents outils qu'utilise l'Exécutif, outils répartis de manière variable selon le contexte politique (fait majoritaire ou cohabitation) et la personnalité des titulaires (notamment le président de la République et le Premier ministre) : la nomination classique d'un fonctionnaire, le tour extérieur, le parlementaire en mission, la nomination dans un ordre honorifique, l'emploi à la décision du gouvernement, l'entreprise publique, l'emploi de cabinet, etc.

Mais cette mécanique constitutionnelle serait assez aride si le constitutionnaliste ne remplaçait pas ce système du pouvoir de nomination dans le contexte plus large de la pensée politique. En effet, si le constituant octroie un pouvoir à une autorité, ce n'est pas dans un but

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 738.

autotélique d'édition d'actes juridiques, qui ne sont eux que les moyens pour parvenir à des fins<sup>33</sup>. En droit constitutionnel, les fins d'un pouvoir donné sont les fonctions qui lui sont attachées<sup>34</sup> ; il apparaît donc impératif, pour saisir la totalité du pouvoir de nomination, d'adopter le *critère fonctionnel*. Dès lors, la question tout essentielle à poser est la suivante : à quoi sert institutionnellement le pouvoir de nomination confié à l'Exécutif ? à quelles fins celui-ci utilise-t-il les différents outils que l'étude précédente aura dénombrés ?

Il est évident d'abord que le pouvoir de nomination répond aux exigences de certaines fonctions administratives ou gouvernementales : disposer de l'administration et de la force armée, selon l'article 20 de la Constitution, c'est avant tout nommer des directeurs d'administrations centrales ou des généraux. Mais nous verrons que le pouvoir de nomination intéresse d'autres fonctions, juridiques ou politiques, si bien qu'il apparaît avant tout comme un pouvoir multifonctionnel.

En somme, *nous montrerons que loin d'être un pouvoir cohérent et homogène, le pouvoir de nomination regroupe différentes compétences réparties au sein de l'Exécutif selon des dispositions juridiques que module le pouvoir d'évocation du président de la République, ces nominations lui permettant, par l'élaboration de réseaux d'influence, d'accomplir de nombreuses fonctions touchant à tous les secteurs d'activité de la société*. Sous ses aspects tant politiques que juridiques, le pouvoir de nomination apparaîtra alors comme le moyen privilégié d'une magistrature d'influence qui, conjuguée à la puissance constitutionnelle de l'Exécutif sous la V<sup>e</sup> République, en fait un véritable « pouvoir de patronage ».

## *Le plan*

Ainsi, l'expérience empirique (c'est-à-dire une analyse matérielle des actes produits dans l'exercice du pouvoir de nomination) donne tout d'abord du pouvoir de nomination l'image d'un pouvoir à géométrie variable aux mains de l'Exécutif (Partie I), recouvrant un ensemble de compétences s'échelonnant du pouvoir de nomination discrétionnaire au pouvoir de nomination formel (compétence liée). Cette approche théorique appelle d'emblée une mise en œuvre pratique dont l'analyse permet de déceler la clé de répartition de ces compétences au sein de l'Exécutif (Partie II) : en droit, le pouvoir de nomination est déconcentré afin de

---

33 Sur la confusion des fins et des moyens en droit constitutionnel, cf. BURDEAU G., *Traité de science politique*, LGDJ, 1985, 3<sup>e</sup> éd., t. V, p. 305.

34 Au sujet du pouvoir réglementaire, le Conseil d'État ne dit rien d'autre lorsqu'il affirme, dans un arrêt du 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire* (AJDA, 1<sup>er</sup> mars 2010, p. 389), que « l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi » : l'exercice du pouvoir réglementaire n'est octroyé qu'en vertu de la réalisation d'une fin, cette fin étant la fonction d'exécution des lois.

confier aux ministres de larges prérogatives ; en fait, les diverses compétences de nomination sont concentrées au profit du président de la République (non sans batailles en cas de cohabitation), par le jeu du pouvoir d'évocation. Cette double vue du pouvoir de nomination (théorique et pratique) dévoile, comme nous l'avons dit, un nombre élevé d'outils (la nomination régulière, l'emploi de cabinet, le tour extérieur, l'emploi à la discrétion, etc.), outils qui peuvent avoir différentes finalités, que révèle une analyse fonctionnelle. Cette analyse permet de montrer que la nomination est un pouvoir de patronage (Partie III) grâce auquel l'Exécutif (et essentiellement le président de la République) exerce non seulement des fonctions juridiques classiques, mais aussi diverses fonctions politiques.

## **Partie I. Un pouvoir à géométrie variable aux mains de l'Exécutif**

« J'aurais pu montrer le pouvoir gouvernemental du roi de France dépassant même ses limites naturelles, quelque étendues qu'elles soient, et pénétrant, de mille manières, dans l'administration des intérêts individuels. »

« À cette cause d'influence, je pouvais joindre celle qui résulte du grand nombre de fonctionnaires publics qui, presque tous, doivent leur mandat à la puissance exécutive. Ce nombre a dépassé chez nous toutes les bornes. »

Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, I, 8

APPREHENDER UN POUVOIR DANS TOUTE SA VERITE JURIDIQUE consiste à analyser en premier lieu les actes qui sont pris au cours de son exercice et pratiquer ainsi, avant toute construction théorique, une étude de la matière brute à partir de laquelle, après induction, des éléments d'unité apparaissent, qui permettent de caractériser précisément le pouvoir en question.

Or, dans le cadre de la nomination, cette analyse matérielle conduit à un paradoxe : l'acte de nomination modèle et uniforme n'existe pas. Il y a bien plusieurs actes qui visent à pourvoir aux emplois publics, mais leur pluralité empêche de discerner un pouvoir unique qui en serait le fondement (1). Il faut donc reconnaître que sous ce vocable pratique de « pouvoir de nomination » sont réunies plusieurs compétences, dessinant une échelle de la discrétion, compétences remises constitutionnellement aux mains de l'Exécutif (2).

## **Chapitre 1 : La pluralité des actes de nomination**

On chercherait vainement dans la rubrique « mesures nominatives » du *Journal officiel*, un modèle type de l'acte de nomination qui pût répondre aux diverses situations dans lesquelles s'exerce le pouvoir de nommer. Les actes de nomination dépendent de conditions de fond et de forme qui varient selon ces situations (Section 1) et leur régime lui-même comporte différentes procédures de contrôle (Section 2).

### ***Section 1 : Des conditions de fond et de forme variables***

Si la nomination désigne « les actes portant attribution des emplois publics », il ne semble pourtant pas, après une analyse systématique, que « ces actes possèdent un caractère particulier<sup>35</sup> » : au nombre des variables, il est possible de compter l'auteur de l'acte et l'emploi considéré (I) tout autant que les différentes formes d'encadrement du choix (II).

Mais de cette grande diversité surgissent néanmoins deux questions récurrentes et essentielles : Qui nomme ? Qui est nommé ?

#### **I. L'auteur de l'acte et l'emploi considéré**

Les méthodes des administrativistes permettent bien souvent de poser les questions principales qui intéressent les constitutionnalistes : de la nature de l'acte on déduit le problème constitutionnel de son auteur (A) ; de l'emploi considéré on déduit le problème constitutionnel de celui qui l'exerce (B)

##### *A) La nature de l'acte et son auteur*

À considérer la doctrine et la jurisprudence, la question de la nature de l'acte de nomination a connu une triple évolution : étant considéré tout d'abord comme un contrat, l'acte de nomination a reçu par la suite la qualification d'acte unilatéral, non sans quelques contestations, et devrait désormais être vu comme un acte complexe. Cette tentative de qualification invite à élucider la question de l'auteur de la nomination.

À l'occasion du célèbre arrêt *Winkell* du 7 août 1909<sup>36</sup>, connu pour l'interdiction qu'il pose de la grève dans la fonction publique, le Conseil d'État avait eu à se prononcer sur

---

35 SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination, op. cit.*, t. I, p. 10.

36 CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.* p. 826 et 1296, concl. Tardieu ; note Jèze, *RDJ*, 1909, p. 494.



la qualification juridique de la nomination et avait affirmé qu'elle n'était qu'une catégorie particulière du contrat administratif. Cette solution, reprise dans le grand arrêt du 26 janvier 1923 de *Robert Lafrégeyre*<sup>37</sup>, avait finalement été abandonnée pour les fonctionnaires dans un arrêt du 22 octobre 1937, *D<sup>lle</sup> Minaire et autres*<sup>38</sup>.

La doctrine, sous l'impulsion de Gaston Jèze, considérait que l'acte de nomination était un acte-condition puisque « la manifestation de volonté [au principe de la nomination] a pour effet non point de créer une situation juridique *individuelle*, mais d'*appliquer* à un individu une situation juridique générale créée et organisée par une loi ou un règlement ». Pour Jèze, seule la volonté de l'administration importait pour produire des effets de droit, celle de l'individu nommé n'étant « pas nécessaire pour produire l'investiture »<sup>39</sup> : il fallait donc conclure au caractère unilatéral de l'acte de nomination.

Bien évidemment, des voix se sont levées pour contester vigoureusement cette conception de l'unilatéralité en arguant que « le consentement de la personne visée par l'acte de nomination [était] en définitive indispensable » pour que la nomination soit effective. D'après ces critiques, c'est ce consentement qui justifierait la « nature bilatérale<sup>40</sup> » (pour éviter une qualification contractuelle) de l'acte en question. Cette contestation trouve effectivement quelque justification dans les données du droit positif dans la mesure où le Conseil d'État a jugé que « le fonctionnaire [pouvait] *refuser* la nomination, sans être obligé de démissionner<sup>41</sup> ». Entre l'unilatéralité pure et la contractualité pure, la doctrine s'accorde finalement aujourd'hui sur la définition de Roger Bonnard pour définir la nomination comme un « acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire<sup>42</sup> ».

Mais les actes unilatéraux ne sont pas ceux d'un seul auteur, comme la dénomination trompeuse pourrait le laisser penser, mais ceux d'un seul camp, ceux « dont les auteurs se trouvent d'un seul et même côté [*latus*] » et à l'origine desquels il y a donc une « pluralité de volonté » et « la nécessité de leur concours ou accord ». Ces actes ont pour objet, non pas de créer des relations juridiques entre leurs auteurs, « mais bien d'organiser un service public, d'établir certaines règles de police, où s'il s'agit d'un décret individuel, de nommer un

---

37 CE, 26 janvier 1923, *De Robert Lafrégeyre*, *Rec.* p. 67 ; concl. Rivet, *RDP*, 1923, p. 237.

38 CE, Sect., 22 octobre 1937, *D<sup>lle</sup> Minaire et autres*, *Rec.* p. 843, concl. Lagrange ; note Eisenmann, *D.*, 1938, n° 3, p. 49 ; note Jèze, *RDP*, 1938, p. 121.

39 JEZE G., « Le procédé technique de la nomination en droit public français », *RDP*, 1927, p. 576.

40 EISENMANN C., Préface à la thèse de RUZIE D., *Les Agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, LGDJ, 1960.

41 LAUBADERE A. (de), *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, t. II, p. 30. Cf. CE, 20 février 1924, *Brandstetter*, *Rec.* p. 194 et CE, 17 février 1923, *Laurent*, *Rec.* p. 257.

42 BONNARD R., « La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics », *Revista de drept public*, 1930, p. 17. « En vertu d'une jurisprudence constante, le refus de la nomination paralyse les conséquences qu'elle emporterait [...] ; un tel refus joue le rôle d'une condition résolutoire », CHAPUS R., *Droit administratif*, § 228, Montchrestien, 2000, t. II, p. 198.

fonctionnaire »<sup>43</sup> : cette pluralité de volonté se traduit par l'apposition de différentes signatures.

Sans entrer dans les débats opposant partisans et adversaires du caractère formel du contreseing, débats que nous aurons l'occasion de traiter par la suite<sup>44</sup>, il convient de constater que les signatures varient selon les actes de nomination : certains actes de nomination du président de la République ne comportent que le contreseing du Premier ministre (il en est ainsi, par exemple, des décrets de nomination des professeurs de l'enseignement supérieur<sup>45</sup>), d'autres, en Conseil des ministres, recueillent celles du Premier ministre et d'un ministre chargé de son exécution (comme le décret portant nomination du président-directeur général de la société Aéroports de Paris<sup>46</sup>), d'autres encore exigent conjointement celles de plusieurs ministres (pour le président du conseil d'administration de l'Opéra de Paris<sup>47</sup>, par exemple), certains enfin ne nécessitent aucun contreseing, comme les arrêtés présidentiels ou primoministériels ayant pour objet de pourvoir aux emplois de leurs services propres. Aussi les coauteurs – sinon juridiques, au moins politiques – des actes de nomination varient-ils, ce qui ne peut pas ne pas avoir de lourdes conséquences sur la nature du pouvoir à l'origine de ces actes.

L'analyse administrative pose par conséquent d'emblée une question constitutionnelle importante : quels sont les auteurs convoqués à l'édiction d'un acte de nomination ?

### *B) L'emploi et l'employé : la limite des statuts*

La question de l'auteur se double naturellement de celle de l'emploi et de l'employé visé par la nomination. De nouveau, il semble que les actes de nomination recouvrent de nombreuses situations différentes sur lesquelles pèsent autant d'obligations juridiques variées. La distinction classique entre le grade et l'emploi<sup>48</sup> invite tout d'abord à comprendre l'étendue de ces variations : certaines conditions pour pourvoir au poste sont propres à l'emploi lui-même ; d'autres auront trait à la personne qui aura vocation à l'occuper (fonctionnaire ou non), ce sont les éléments subjectifs du fond.

---

43 EISENMANN C., *Cours de droit administratif, op. cit.*, t. I, p. 418-420.

44 Cf. II.2.1.1.1.

45 Et de tous les décrets pris sur le fondement de l'article 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958.

46 Celui du 29 novembre 2012 nommant Augustin de Romanet comporte les signatures du président de la République du Premier ministre et de trois autres ministres dont les départements sont plus ou moins intéressés par cette nomination.

47 L'article 42 du décret n° 68-382 du 5 avril 1968 précise que le « président du conseil d'administration [est] nommé par arrêté conjoint des ministres chargés de la Culture, de la Sécurité sociale et du Budget ».

48 Cela est une des grandes règles de la fonction publique, comme le rappelle OLSON T., « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », *AJDA*, 2006, p. 1899.

Ainsi, la compétence nécessaire pour occuper l'emploi peut être déterminée par un décret : l'encadrement est parfois assez lâche (le président de l'établissement public du musée du Louvre est nommé « en raison de ses compétences scientifiques<sup>49</sup> » ; l'administrateur général du Commissariat à l'énergie atomique et ses personnalités sont désignés « en raison de leur compétence<sup>50</sup> »), dans d'autres cas, les exigences sont plus précises (ainsi, « nul ne peut être nommé recteur s'il n'est habilité à diriger des recherches<sup>51</sup> »). De manière générale, en ce qui concerne les conditions de capacité et d'aptitude, les observations d'André Delest dans sa thèse de 1899 restent valables : « Il y a une sorte d'échelle décroissante dans les conditions de nomination, à mesure que les fonctions sont élevées<sup>52</sup>. »

En ce qui concerne les éléments subjectifs du fond, c'est-à-dire les « règles [qui] déterminent quelles personnes l'acte de nomination peut avoir pour sujets<sup>53</sup> », la distinction s'opère entre les fonctionnaires et les non-fonctionnaires. Certains emplois exigent que la personne ayant vocation à l'occuper ait un statut de fonctionnaire : il en est ainsi de la plupart des emplois publics puisque le statut de la fonction publique pose pour règle principale que les emplois civils permanents de l'État doivent être occupés par des fonctionnaires<sup>54</sup>. Néanmoins, là encore, selon que les fonctionnaires relèveront du statut général ou de statuts particuliers, les modes de nomination (et leurs exceptions) ne seront pas identiques. Il est évident, quoi qu'il en soit, que les statuts dans leur ensemble limitent la liberté de l'autorité de nomination<sup>55</sup> : puisque l'article 34 de la Constitution dispose que « la loi fixe les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État », le pouvoir qui procédera à la nomination d'un fonctionnaire à un emploi qui lui est réservé par des statuts ne sera pas de même nature que le pouvoir qui procédera à la nomination d'un non-fonctionnaire à un emploi public moins contraignant.

En somme, en fonction du statut de la personne nommée et de l'emploi considéré, afin de comprendre l'étendue du pouvoir en cause, il faut distinguer « les emplois librement révocables de ceux qui ne le sont pas ; les nominations dans des corps ou dans des mandats à durée déterminée [...] et les nominations de fonctionnaires selon que ces derniers relèvent du statut général de la fonction publique ou qu'ils n'en relèvent pas<sup>56</sup> ».

---

49 Art. 12, décret n° 92-1338 du 22 décembre 1992 portant création de l'établissement public du musée du Louvre, JO du 23 décembre 1992, p. 17596.

50 Art. L332-3, Code de la recherche.

51 Art. R222-13, Code de l'éducation. Néanmoins, le décret n° 2010-889 du 29 juillet 2010 relatif à la nomination des recteurs d'académie (JO du 30 juillet 2010) a partiellement remis en cause cette condition.

52 DELEST A., *De la nomination et de la révocation des fonctionnaires publics*, Paris, Pedone, 1899, p. 107-108.

53 EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, op. cit., t. I, p. 502.

54 Art. 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

55 « De ce point de vue, l'histoire du pouvoir de nomination peut être analysée, compte tenu de la généralisation des statuts et du recrutement par concours, comme celle de sa limitation par le droit », YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 750.

56 *Ibid.*, p. 739.

Une très grande hétérogénéité des situations invite ainsi à se poser une autre question essentielle pour comprendre la nature du pouvoir de nomination : Qui est nommé ?

## **II. L'encadrement du choix**

À lire les visas des actes de nomination, ces deux premières questions – qui nomme ? qui est nommé ? – trouvent de nouveau à se poser sous un angle différent : celui de l'encadrement juridique du choix, encadrement qui permet de limiter l'arbitraire de celui qui nomme et de vérifier les capacités de celui qui est nommé. La nomination peut donc être prise soit « sur la proposition » (1.1.2.1), soit « sur le rapport » (1.1.2.2) de telle autorité ou de tel ministre, deux encadrements différents du choix entraînant des effets de régime différents.

### *A) Les propositions : un encadrement d'autorité*

En bien des cas, les textes réglementant la nomination aux emplois publics encadrent le choix de l'autorité de nomination : celle-ci ne peut exercer sa compétence que sur proposition d'une autre autorité.

Hormis les cas des jurys de concours, que nous analyserons par la suite dans le cadre d'une étude plus large du pouvoir formel de nomination (l'entérinement)<sup>57</sup>, les ministres sont les premiers à être intéressés par la méthode de la proposition, chacun dans leur domaine propre. Ainsi, le président de l'établissement public du Louvre est nommé sur proposition du ministre chargé de la Culture<sup>58</sup> ; ce ministre propose également le nom du futur président de la Bibliothèque nationale de France<sup>59</sup>. De même, le Premier ministre et le ministre de l'Intérieur proposent au président de la République le nom des préfets qui seront nommés en Conseil des ministres<sup>60</sup> ou encore celui des membres des inspections générales<sup>61</sup>.

En ce qui concerne les entreprises publiques, la proposition émane habituellement du conseil d'administration pour celles de premier rang. C'est le cas, par exemple, pour le président du conseil d'administration de Gaz de France qui, aux termes de l'article 16 du décret du 17 novembre 2004, doit être « nommé par décret, parmi les administrateurs, sur

---

57 Cf. I.2.1.1.

58 Art. 12, décret n° 92-1338 du 22 décembre 1992 portant création de l'établissement public du musée du Louvre, JO du 23 décembre 1992, p. 17596.

59 Art. 10, décret n° 94-3 du 3 janvier 1994 portant création de la Bibliothèque nationale de France, JO du 4 janvier 1994, p. 149.

60 Art. 1, décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets, JO du 5 août 1964, p. 7156.

61 Art. 6, décret n° 81-241 du 12 mars 1981 portant statut de l'inspection générale de l'administration au ministère de l'Intérieur, JO du 14 mars 1981, p. 778.

proposition du conseil d'administration<sup>62</sup> ». Il en va de même pour Électricité de France<sup>63</sup>. Cependant, certains textes encadrent la nomination par la proposition conjointe de plusieurs autorités : les membres de l'ancien conseil de la politique monétaire de la Banque de France étaient choisis « sur une liste, comprenant un nombre de noms triple de celui des membres à désigner, [...] établie d'un commun accord, ou à défaut à parts égales, par le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale et le président du Conseil économique et social<sup>64</sup> ».

Cet encadrement du choix par une proposition est d'une certaine importance, car il entraîne avec lui tout un régime qui tend à contenir le pouvoir de l'autorité de nomination<sup>65</sup>. Ainsi, le président de la République est lié par les propositions que lui soumettent ses ministres et ne peut en aucun cas s'y soustraire<sup>66</sup>. En d'autres termes, il ne peut nommer un candidat qui n'a pas été proposé. La jurisprudence reconnaît du moins que deux possibilités s'offrent à l'autorité de nomination : celle de ne pas pourvoir à l'emploi, celle de demander une nouvelle proposition<sup>67</sup>.

La méthode de la proposition permet de préciser la question « Qui nomme ? » : la réponse toute théorique se comprend comme une application de la balance des pouvoirs, laquelle consisterait à associer à l'autorité de nomination une autorité de proposition, comme nous le montrerons plus en détail par la suite<sup>68</sup>. C'est cette balance des pouvoirs qui « peut être la source de discorde et de conflits entre le ministre et le président de la République investi du pouvoir de nomination<sup>69</sup> », et plus généralement entre ces deux autorités, celle de nomination et celle de proposition. Ce fut le cas en janvier 1997 lors des nominations en Conseil des ministres de Jean-René Bernard et Pierre Guillen au conseil de la politique monétaire de la Banque de France : ces deux noms, figurant sur la liste de présentation, n'étaient ni ceux du président de l'Assemblée nationale, ni ceux du président du Sénat. René Monory avait alors vertement critiqué cette décision de Jacques Chirac : « En ne choisissant aucun des candidats proposés par les présidents des deux assemblées, le gouvernement n'a

---

62 Art. 16, décret n° 2004-1223 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Gaz de France, JO du 19 novembre 2004, p. 19500.

63 Art. 14, décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Électricité de France, JO du 19 novembre 2004, p. 19505.

64 Art. L142-3 (ancien), Code monétaire et financier. La disposition a été abrogée par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

65 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 216.

66 CE, 26 avril 1978, *Minjoz*, AJDA, 1978, p. 673, concl. J. Massot.

67 Cf. CE, 10 mars 1950, *Dauvilier* et CE, 17 juillet 1950, *Syndicat CGT-FO*, D. 1950, p. 775, note G. Jèze. « L'autorité compétente est obligée de nommer les candidats qui figurent sur la liste de présentation sauf toutefois si la présentation émane d'une autorité soumise au pouvoir hiérarchique de l'autorité qui nomme, auquel cas celle-ci est entièrement libre. Par ailleurs, l'autorité compétente peut toujours s'abstenir de nommer. Enfin, elle peut solliciter de nouvelles présentations », LAUBADERE A. (de), *Traité de droit administratif*, § 107, op. cit., t. II, p. 85.

68 Cf. I.2.1.2.

69 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 216.

pas respecté l'esprit de la loi du 4 août 1993 [...] ni la pratique institutionnelle qui s'était dégagée des premières nominations<sup>70</sup> ».

### *B) Les rapports : un encadrement de principe*

Quoique moins contraignant que la proposition, le rapport qui encadre certaines nominations est une autre variable définissant le pouvoir de nomination et un autre point de contact entre les autorités de nomination et les autorités de désignation. Il a pour finalité, entre autres, de certifier les compétences de la personne pressentie pour occuper l'emploi. À la différence de la proposition, il ne lie pas l'autorité de nomination, qui garde la possibilité de nommer une autre personne. Toutefois, c'est une règle de forme qui s'impose à l'autorité de nomination, règle dont le manquement entacherait le décret d'illégalité : « L'autorité désignée comme rapporteur d'un décret doit être associée à l'élaboration de celui-ci<sup>71</sup>. »

Majoritairement, les directeurs d'administration centrale, emplois à la décision du gouvernement, « sont nommés par décret délibéré en Conseil des ministres pris sur le rapport du Premier ministre et du ministre intéressé<sup>72</sup> », de même pour les recteurs et les dirigeants d'entreprises publiques. Il en va également ainsi pour l'administrateur général de la Comédie-Française, nommé sur le rapport du ministre de la Culture<sup>73</sup>, ou encore pour le directeur général de l'Agence nationale pour les chèques-vacances, nommé par décret sur le rapport du ministre de l'Économie et des Finances et du ministre chargé du Tourisme<sup>74</sup>.

Toutefois, les archives tendent à montrer 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 nomination : dans certains cas, un décret de nomination de recteur normalement pris sur le *rapport* du ministre de l'Éducation nationale est en réalité pris sur sa *proposition*<sup>75</sup> ; dans d'autres cas, le rapport que fournit le ministre des Finances pour les nominations aux conseils d'administration des banques nationalisées s'apparente en tout point à une simple proposition<sup>76</sup>.

---

70 *Le Monde*, 6-7 janvier 1997.

71 PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », *RGD*, 2006, n° 36, p. 661. Cf. CE, Ass., 14 avril 1995, *Caisse autonome de retraite des médecins français*, *Rec.* p. 181 ; *EDCE*, 1996, n° 47, p. 306.

72 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 742.

73 Art. 3, décret n° 95-396 du 1<sup>er</sup> avril 1995 *conférant à la Comédie-Française le statut d'établissement public national à caractère industriel et commercial*, *JO* du 5 avril 1995, p. 5445.

74 Art. R411-17, Code du tourisme.

75 Cf. le décret de nomination de Jean Roche en qualité de recteur de l'académie de Paris, 6 septembre 1961, *Arch. nat.*, AG/5(1)/562.

76 Cf. les multiples rapports de Valéry Giscard d'Estaing en 1963, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

## **Section 2 : Des contrôles a priori et a posteriori non homogènes**

Si donc des conditions de fond et de forme variables tendent à encadrer les actes de nomination en les différenciant tellement qu'il est impossible de les classer au sein d'une seule et même catégorie, il faut encore montrer que les différents contrôles qui pèsent sur ces actes accentuent le phénomène. La variété des contrôles *a priori* (I) et des contrôles contentieux *a posteriori* (II) achève de mettre en lumière la pluralité de compétences au principe de la nomination.

### **I. Les contrôles a priori**

Avant la publication de l'acte de nomination au *Journal officiel*, deux types de contrôle sont susceptibles d'être intervenus. Le premier, le plus ancien, prend la forme d'un avis que rendent certaines autorités, organes ou commissions, et qui lie plus ou moins l'autorité de nomination (A). Le second est nettement plus récent : il s'agit de celui qui a été institué par la révision constitutionnelle de 2008 et qui s'exerce, par les commissions parlementaires compétentes, sur une certaine catégorie d'emplois (B).

#### *A) L'avis : simple, obligatoire ou conforme ?*

Si le terme d'avis a pu être largement considéré comme polysémique par la doctrine tant il peut désigner de formes variées, recouvrant « aussi bien des actes impératifs que des actes purement consultatifs », il est tout de même possible de distinguer entre les avis simples « soit spontanés (lorsqu'ils ne sont pas demandés), soit sollicités (lorsque leur destinataire est libre de les demander, puis de les suivre) », les avis obligatoires « lorsque leur destinataire est tenu de les demander mais non de les suivre » et, enfin, les avis conformes « lorsqu'ils sont nécessairement demandés et doivent être suivis »<sup>77</sup>.

La procédure de nomination fait parfois appel à ces différentes formes d'avis. Ainsi, les magistrats de l'ordre judiciaire, dont la nomination trouve son fondement au deuxième alinéa de l'article 13 de la Constitution (par le truchement de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958), mais aussi aux alinéas 4 et 5 de l'article 65, sont nommés « après avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature pour ce qui concerne les magistrats du siège et après avis de la formation compétente pour ce qui concerne les magistrats du parquet<sup>78</sup> ». Dans le premier cas, l'autorité de nomination, c'est-à-

---

<sup>77</sup> HOEPFFNER H., « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 895.

<sup>78</sup> Art. 28, ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JO* du 23 décembre 1958, p. 11551.

dire le président de la République, exerce une compétence nécessairement plus liée que dans le second cas<sup>79</sup>. En 1996, si Jacques Chirac et Jacques Toubon ne font qu'entériner, pour les magistrats du siège, les propositions du Conseil supérieur de la magistrature, ils passent outre à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) dans 46 % des cas pour les magistrats du parquet, rompant ainsi avec la pratique antérieure et poussant le CSM, dans son rapport d'activité, à relever le « soupçon [pesant] sur l'indépendance des magistrats concernés vis-à-vis du pouvoir politique<sup>80</sup> ». D'autres nominations plus classiques sont également soumises à avis : le directeur général de Pôle emploi est ainsi nommé par décret « après avis du conseil d'administration », lequel conseil peut adopter « à la majorité des deux tiers de ses membres une délibération demandant révocation<sup>81</sup> ». Il est donc facile de comprendre, à partir de ces deux exemples, que la compétence de nomination, selon que l'avis sera conforme ou non, ne sera pas, sinon de même nature, du moins de même intensité.

Cependant, la publication de certains avis simples ainsi que leur médiatisation jouent tout de même un rôle d'encadrement du pouvoir de nomination : la crainte d'une mauvaise presse peut transformer un avis pourtant simple *de jure*, en un avis conforme *de facto*. Aux yeux d'Auguste Vivien, la publicité était la condition suffisante pour éviter l'absolue discrétion des nominations : « De telles promotions sont publiques ; elles excitent vivement l'attention, elles touchent toutes les ambitions rivales, souvent aussi jalouses que puissantes, et l'opinion s'en préoccupe avec ardeur<sup>82</sup>. »

Pour les emplois plus classiques de l'article 13 de la Constitution et de ses retombées organiques, différentes dispositions législatives avaient également prévu l'encadrement du pouvoir de nomination par un avis des commissions parlementaires. Il en allait ainsi du président de la commission de régulation de l'énergie<sup>83</sup>, du président de l'Autorité de régulation des communications électroniques<sup>84</sup>, du contrôleur général des lieux de privation de liberté<sup>85</sup>, du président de l'Autorité de la concurrence<sup>86</sup> et du président du Haut Conseil des biotechnologies<sup>87</sup>. Comme le souligne le rapport de Patrice Gélard au Sénat, la révision constitutionnelle de 2008 n'a fait que prolonger ces évolutions<sup>88</sup>.

---

79 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 743.

80 *Libération*, 5 mars 1997.

81 Art. L5312-6, Code du travail.

82 VIVIEN A.-F., *Études administratives*, Paris, Guillaumin et C<sup>ie</sup>, 1852, t. I, p. 221, cité in DELEST A., *De la nomination et de la révocation des fonctionnaires publics*, op. cit., p. 99.

83 Art. 5, loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JO du 8 décembre 2006, p. 18531.

84 Art. 17, loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, JO du 7 mars 2007, p. 4347.

85 Art. 2, loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, JO du 31 octobre 2007, p. 17891.

86 Art. 95, loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO du 5 août 2008, p. 12471.

87 Art. 3, loi n° 2008-595, du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés, JO du 26 juin 2008, p. 10218.

88 Cf. GELARD P., *Rapport n° 141 fait sur le projet de loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, 8 décembre 2009, p. 11.



*B) La procédure de l'alinéa 5*

La révision constitutionnelle de 2008 est effectivement venue renforcer la procédure consultative pour une certaine catégorie d'emplois à pourvoir. Le cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution prévoit que des « emplois ou fonctions », déterminés par une loi organique, seront pourvus « après avis de la commission permanente compétente de chaque assemblée », et ce « en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation ». Cette procédure s'applique pareillement pour les nominations des membres du Conseil constitutionnel (art. 56), celles des deux personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la magistrature (art. 65) et celle du Défenseur des droits (art. 71-1). Tout en renforçant les pouvoirs du Parlement par cette disposition de contrôle, cette révision complexifie la définition des emplois publics autant que leur procédure de nomination, sans toutefois faire montre d'une très grande efficacité.

À regarder la loi organique portant application du cinquième alinéa<sup>89</sup>, les emplois intéressant « la garantie des droits et libertés » concernent principalement les autorités administratives indépendantes comme le contrôleur général des lieux de privation et de liberté, tandis que ceux intéressant « la vie économique et sociale de la Nation » recourent certains emplois de direction des entreprises publiques ou d'établissements publics (EDF, France Télévisions, Météo France, par exemple), sans qu'il soit réellement possible de les faire correspondre à la liste annexée au décret du 29 avril 1959 précité. Le sénateur Patrice Gélard a dégagé quatre critères pour qualifier ces emplois ou fonctions<sup>90</sup> : outre leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation (1), il s'agit de fonctions de responsabilité effective (2), auxquelles nomme le président de la République (3), et qui ne font pas déjà l'objet de mesures de contrôle (4). Ces quatre critères excluent, entre autres, le domaine culturel, comme la doctrine a pu le souligner à de nombreuses reprises<sup>91</sup> et malgré les intentions du constituant de 2008<sup>92</sup> : le directeur de la Villa Médicis ne passe donc pas devant une commission parlementaire, au grand dam de l'opinion publique qui s'était émue en mars 2008 de ce que Nicolas Sarkozy ait cherché à nommer son ancien collaborateur Georges-Marc Benamou, avant de nommer quelques mois plus tard, pour couper court à la polémique, Frédéric Mitterrand<sup>93</sup>. Ces emplois ou fonctions peuvent ainsi être définis comme des « emplois supérieurs garantissant

---

89 Loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, JO du 24 juillet 2010, p. 13642.

90 GELARD P., *Rapport n° 141 fait sur le projet de loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, *op. cit.*, p. 17. Cf., également, SPONCHIADO L., « Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles », *RFDA*, 2011, p. 1019 ; « Modalités d'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », *La Lettre Omnidroit*, 2009, n° 54, p. 21.

91 LE POURHIET A.-M., « L'article 4 », *LPA*, 2008, n° 97, p. 17.

92 Pour le rapporteur Warsmann, le culturel était inclus dans l'économique et le social, 3<sup>e</sup> séance de débat en séance publique, 22 mai 2008, JO du 23 mai 2008, p. 2403.

93 « Villa Médicis : Sarkozy choisit Frédéric Mitterrand », *Libération*, 4 juin 2008.

les droits et libertés et la vie économique de la Nation [dont] le choix est laissé à la discrétion du gouvernement et plus précisément du président de la République<sup>94</sup> ».

À l'origine, le contrôle mis en place par le cinquième alinéa était d'une complexité telle que la transparence des nominations semblait se payer au prix de l'opacité de la procédure législative : si le législateur organique pouvait, au cas par cas, soumettre des emplois au contrôle du cinquième alinéa (pour le président de France Télévisions<sup>95</sup>, par exemple), c'était au législateur ordinaire de déterminer les commissions parlementaires compétentes, selon la lecture stricte du cinquième alinéa qu'avait adoptée le Conseil constitutionnel<sup>96</sup>. Ainsi, non seulement les dispositions d'application de l'article 13 de la Constitution étaient dispersées au sein de diverses lois organiques, mais elles étaient de surcroît divisées entre celles qui relevaient du législateur ordinaire et celles qui relevaient du législateur organique. La loi organique portant application générale du cinquième alinéa a résolu ce problème en intégrant en une seule annexe les emplois concernés et les commissions parlementaires compétentes<sup>97</sup> : le Conseil constitutionnel n'a étrangement pas déclassé ces cavaliers législatifs, préférant sans doute simplifier la procédure<sup>98</sup>.

Bien évidemment, on n'a pas manqué de critiquer les limites de ce procédé visant à contrôler les nominations. D'une part, la nature de l'avis restreint fortement l'efficacité du contrôle : le veto parlementaire est recevable « lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». Cet « avis conforme qualifié<sup>99</sup> » est donc largement dissuasif, car les trois cinquièmes paraissent difficilement atteignables<sup>100</sup>, comme cela a pu être souligné au cours des débats<sup>101</sup>, eu égard à la composition de ces commissions. D'autre part, le veto parlementaire est irrecevable en cas de révocation, c'est du moins ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel au cours de l'examen de la loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, qui prévoyait la révocation des présidents des sociétés susvisés après avis des commissions parlementaires compétentes<sup>102</sup> : si la nomination est contrôlée, la révocation reste *ad nutum*.

---

94. MAHERZI D., « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République », art. cité, p. 1339.

95 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, JO du 7 mars 2009, p. 4321.

96 CC, 3 mars 2009, n° 2009-576 DC. Au cours d'un contrôle des cavaliers législatifs de la loi organique n° 2009-257 précitée, le Conseil constitutionnel avait déclassé une disposition organique visant à attribuer le contrôle à la commission parlementaire compétente de chaque assemblée (cons. 4).

97 Loi organique n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, JO du 24 juillet 2010, p. 13644.

98 CC, 12 juillet 2010, n° 2010-610 DC.

99 SPONCHIADO L., « Du droit de regard au droit de... », art. cité, p. 1019.

100 MAHERZI D., « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008... », art. cité, p. 1355.

101 Cf. « Des nominations sous contrôle », LPA, décembre 2008, n° 254, p. 22.

102 CC, 3 mars 2009, n° 2009-577 DC : « En permettant aux commissions parlementaires d'exercer un droit de veto à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, alors que le dernier alinéa de l'article 13 de la

Nous voyons par là qu'une nomination soumise à la procédure de contrôle de l'article 13 de la Constitution lie un peu plus l'autorité de nomination, d'autant plus d'ailleurs que les commissions parlementaires se considèrent comme les coauteurs de la nomination qu'elles contrôlent<sup>103</sup> : aux questions essentielles « Qui nomme ? » et « Qui est nommé ? » les réponses apportées sont à ce point divergentes qu'elles confirment l'étendue ou la pluralité de la compétence à l'origine des nominations. Peut-être ce premier rééquilibrage des pouvoirs du Parlement réalisera-t-il la prophétie annoncée par Benjamin Constant : « L'essence de la royauté dans une monarchie représentative, c'est l'indépendance des nominations qui lui sont attribuées [...]. Il ne faut jamais contester [au roi] le droit de choisir. Il ne faut pas que les assemblées s'arrogent le droit d'exclure, droit qui, exercé obstinément, implique à la fin celui de nommer<sup>104</sup>. »

## **II. Le contrôle *a posteriori* : le régime contentieux**

Au contrôle *a priori* répond le régime contentieux des actes de nomination, c'est-à-dire le contrôle *a posteriori*, dont les modalités varient selon l'acte en question : le contrôle a été traditionnellement minimum, pour la majorité des nominations, au nom du caractère discrétionnaire de la nomination (A). Mais le contrôle minimum a été contrebalancé par la compétence liée de l'autorité de nomination dans la majorité des emplois publics et par le développement d'un contrôle restreint, voire normal, pour les autres cas (B). Cette variabilité du régime confirme l'intuition de l'étendue du pouvoir, ou des pouvoirs, de nomination mis en œuvre par l'Exécutif.

### *A) Du contrôle minimum...*

Le contentieux des emplois publics se répartit, pour la compétence de premier ressort, entre les tribunaux administratifs, qui ont une compétence de droit commun pour les litiges individuels relatifs au recrutement<sup>105</sup>, et le Conseil d'État pour l'ensemble des litiges « relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République<sup>106</sup> », tant ceux de l'article 13 de la Constitution que ceux de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958<sup>107</sup>. Cela étant, l'office du juge a longtemps été le même et

---

Constitution n'a rendu possible un tel veto que dans le cadre de l'exercice du pouvoir de nomination du président de la République, la disposition précitée méconnaît tant la portée de cet article que le principe de la séparation des pouvoirs » (cons. 13).

103 « Nous sommes coauteurs de la décision », affirmait Alain Richard, le 20 février 2013, au cours de l'audition en commission de Nicole Mastracci en vue de sa nomination au Conseil constitutionnel.

104 CONSTANT B., *Principes de politique*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 411.

105 Art. L211-1, Code de justice administrative.

106 Art. R311-3, *ibid.*

107 CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, § 373-374, Montchrestien, 2006, 12<sup>e</sup> éd., p. 316-317.

s'est borné à l'exercice d'un contrôle minimum au nom du caractère discrétionnaire des nominations.

« La nomination est un acte essentiellement *discrétionnaire*, notait Gaston Jèze, en ce sens que l'individu qui est investi du pouvoir de nomination a un large pouvoir d'appréciation touchant l'*opportunité du moment de la nomination*, le *choix de l'individu désigné*, l'attribution de la *résidence*<sup>108</sup>. » Mais étant donné qu'un pouvoir discrétionnaire ne se définit que « par rapport aux exigences de la légalité, de façon résiduelle : il commence là où elles s'arrêtent<sup>109</sup> », le juge administratif effectue nécessairement un contrôle de cette légalité. Or, à la lecture de la jurisprudence, il apparaît que le contrôle du juge sur les nominations n'est qu'un contrôle minimum, c'est-à-dire un contrôle amputé de celui de la qualification juridique des faits.

Si traditionnellement le Conseil d'État affirmait donc qu'il ne lui appartenait pas, « statuant au contentieux, d'apprécier l'opportunité des mesures » de nomination<sup>110</sup>, il a toujours accepté de connaître de la légalité des actes de nomination, tant en ce qui concerne la légalité externe (il annule ainsi les nominations entachées d'incompétence *ratione temporis*<sup>111</sup>) que la légalité interne : il contrôle, pour les fonctionnaires, les hypothétiques violations de la loi et les éventuelles erreurs de droit sur le fondement des différents statuts<sup>112</sup>, mais il contrôle également les détournements de pouvoir<sup>113</sup>. Enfin, le juge vérifie aussi que la nomination satisfait à une condition spécifique propre au droit de la fonction publique, à savoir la vacance de l'emploi<sup>114</sup>. Tout à la fois détournement de pouvoir et violation de la loi, la nomination pour ordre (qui est aussi un manquement à la règle de l'emploi vacant), par laquelle l'autorité de nomination attribue un emploi non en vue de pourvoir aux besoins du service mais afin de procurer un bénéfice personnel à son nouveau titulaire<sup>115</sup>, représente la partie la plus spectaculaire du contentieux de la nomination (l'acte de nomination étant réputé

---

108 Et le même d'ajouter que « le caractère discrétionnaire de la nomination est un principe fondamental du régime juridique de la nomination » (JEZE G., « Le procédé technique de la nomination... », art. cité, p. 581). (Souligné dans le texte.)

109 RIVERO J., *Droit administratif*, § 73, Dalloz, 2011, p. 70.

110 CE, 3 décembre 1920, *Daubanay*, *Rec.* p. 103.

111 C'est le principe de l'interdiction des nominations anticipées (celles qui sont faites à l'avance et ne visent pas l'intérêt du service) et rétroactives (celles qui sont postérieures à la vacance de l'emploi). Cf. CE, 13 janvier 1999, *Ludot*, *DA*, 1999, n° 77, obs. R.S.

112 « La nomination doit, pour être régulièrement prononcée, satisfaire d'abord, et bien entendu, aux conditions générales de légalité des actes administratifs », CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 227, Montchrestien, 2000, 14<sup>e</sup> éd., t. II, p. 195.

113 CE, 13 janvier 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux de l'administration*, *Rec.* p. 23 ; note X. Prétot, *RDP*, 1995, p. 1091.

114 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 227, *op. cit.*, t. II, p. 196. Cf. CE, 19 novembre 1926, *Monzat*, *Rec.* p. 1002 ; CE, 11 février 1927, *Stéfani*, *Rec.* p. 180.

115 L'article 12 du titre premier du statut général des fonctionnaires dispose que toute nomination n'intervenant pas « exclusivement en vue de pourvoir à un emploi vacant et de permettre à son bénéficiaire d'exercer les fonctions correspondantes est nulle », mais la doctrine a pu qualifier de détournement de pouvoir la nomination pour ordre. Cf. JEZE G., « Le procédé technique de la nomination... », art. cité, p. 611 ; CE, 19 novembre 1926, *Monzat*, *Rec.* p. 1002.

n'avoir jamais existé, le juge requalifie le recours pour excès de pouvoir en recours en déclaration d'inexistence) et a connu récemment une certaine actualité à la suite de la nomination pour ordre de François Molins<sup>116</sup>.

Le contrôle exercé par le juge, dans tous les cas de figure, que ce soit pour une nomination intervenant après la délibération d'un jury de concours ou une nomination à un emploi supérieur, a longtemps été un contrôle minimum. Pour les jurys de concours, au nom du principe de son appréciation « souveraine », « le contrôle s'arrête devant la difficulté technique de son exercice, et peut-être aussi en raison du risque de recours abusifs que la solution contraire ouvrirait<sup>117</sup> ». En somme, ce type de contrôle de pure légalité n'enlève rien au principe discrétionnaire des nominations, et nous pourrions dire avec Gaston Jèze que, « pour tout ce qui n'est pas réglementé, le principe subsiste<sup>118</sup> », car le pouvoir discrétionnaire doit se comprendre non comme un pouvoir arbitraire mais comme « *le pouvoir de choisir* entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) *également conformes à la légalité*<sup>119</sup> ».

### *B)... au contrôle restreint ou normal*

En ce sens, le pouvoir de nomination perdrait son caractère discrétionnaire uniquement si le juge acceptait de vérifier l'opportunité de la nomination, ce qui est impossible<sup>120</sup>. Toutefois, il apparaît que les cas où le juge n'exerce qu'un contrôle minimum de l'acte de nomination sont ceux où l'administration n'exerce, quant à elle, qu'une compétence liée. Dans tous les autres cas, le pouvoir discrétionnaire de l'administration s'est vu peu à peu encadrer non par un contrôle de l'opportunité mais par un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, voire par un contrôle normal.

En effet, dans l'état actuel du droit, le contrôle minimum s'exerce sur les nominations prises par une autorité dans le cadre d'une compétence liée : c'est le cas des jurys de concours que nous étudierons ci-dessous<sup>121</sup> en systématisant la nomination comme « pouvoir d'entérinement ». Lorsque l'autorité pourvoit à des emplois publics à partir d'une liste de concours, le contrôle du juge est minimum mais, en contrepartie, la seule discrétion laissée à cette autorité regarde le choix de nommer ou de ne pas nommer ; mais si elle

---

116 CE, Sect., 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature*, n° 354218, *Gaz. Pal.*, 2013-2, p. 19-20. Cf. *infra*, III.1.2.2.2.

117 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 1263, *op. cit.*, t. I, p. 1049.

118 JEZE G., « Le procédé technique de la nomination... », art. cité, p. 582.

119 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 1248, *op. cit.*, t. I, p. 1033. (Souligné dans le texte.)

120 « Or, on sait qu'une telle compétence n'est absolument pas consacrée par notre droit : n'ayant pas le pouvoir d'administration, le juge ne peut se substituer à l'administration », SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, *op. cit.*, t. I, p. 204.

121 Cf. I.2.1.1.2.

nomme, elle est obligée de nommer dans l'ordre de la liste<sup>122</sup>. Somme toute, si le contrôle est minimum, la discrétion est faible.

En revanche, sans anticiper sur les développements ultérieurs, il faut noter ici que l'admission à concourir, qui permet « à l'autorité compétente [...] “d'apprécier, dans l'intérêt du service”, si les candidats présentent “les garanties requises pour l'exercice des fonctions”<sup>123</sup> », a connu une évolution de son contrôle. Traditionnellement, le Conseil d'État exerçait un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation<sup>124</sup>, mais depuis 1983 et l'arrêt *Mulsant*, il accepte de contrôler la qualification juridique des faits si bien que ceux qui sont « invoqués à l'appui du refus d'autorisation doivent être, strictement, de nature à la justifier légalement<sup>125</sup> ».

Enfin, pour les emplois qui offrent à l'autorité de nomination le maximum de discrétion, comme les nominations au tour extérieur ou les emplois à la décision du gouvernement, le juge a accepté progressivement de contrôler l'erreur manifeste d'appréciation, ce qui a permis d'atténuer l'absence du contrôle de la qualification juridique des faits, sans pour autant introduire un contrôle de l'opportunité<sup>126</sup>. Ce renversement de jurisprudence s'est produit en 1988 à la faveur de deux célèbres arrêts concernant des nominations d'inspecteurs généraux de l'administration des affaires culturelles<sup>127</sup> et des nominations d'inspecteurs généraux des bibliothèques<sup>128</sup>, deux arrêts au cours desquels le Conseil d'État a contrôlé la capacité des personnes ainsi nommées au tour extérieur : un ancien membre de la marine marchande aura, de toute évidence, assez peu de compétences pour justifier son intégration au corps spécialisé des inspecteurs de bibliothèque, au grade d'inspecteur général. Classiquement, l'erreur manifeste d'appréciation permet de contrôler que les nominations « n'ont pas de caractère politique et touchent des personnes ayant “le minimum de compétences nécessaires” pour exercer leurs fonctions<sup>129</sup> ». Si, depuis 2008, le Conseil d'État n'a eu à connaître que d'une quinzaine de recours en annulation de nominations au tour extérieur, les cas ont été assez médiatisés. Sans évoquer plus en détail la nomination d'Arno Klarsfeld au Conseil d'État<sup>130</sup> (que nous aurons l'occasion de reprendre),

---

122 Art. 20, loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, précédemment citée.

123 CHAPUS R., *Droit administratif général.*, § 1260, *op. cit.*, t. I, p. 1047.

124 CE, Sect., 29 juillet 1953, *Lingois*, p. 413 ; note G. Morange, *D.*, 1954, p. 99.

125 CHAPUS R., *Droit administratif général.*, § 1260, *op. cit.*, t. I, p. 1047. Cf. CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, *Rec.* p. 125.

126 « Le contrôle de la qualification juridique des faits ou de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle de la régularité et non un contrôle d'opportunité », THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, *op. cit.*, p. 344.

127 CE, Ass., 16 décembre 1988, *Association des administrateurs civils c/ Dupavillon*, *Rec.* p. 449 ; concl. C. Vigouroux, *AJDA*, 1989, p. 102 ; chron. M. Azibert et M. Boisdeffre, *R DFA*, 1989, p. 522.

128 CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bléton c/ Sarazin*, *Rec.* p. 451 ; concl. C. Vigouroux, *AJDA*, 1989, p. 102.

129 COLIN F., *L'Aptitude dans le droit de la fonction publique*, LGDJ, 2000, p. 150. Cf., pour une étude plus précise, le chap. II consacré au « contrôle juridictionnel de l'appréciation de l'aptitude ».

130 Cf. CE, 25 février 2011, *Casanovas*, *AJDA*, 2011, p. 418 et CC, 28 janvier 2011, *Robert C.*, n° 2010-94 QPC, *AJDA*, 2011, p. 154.

l'affaire Dominique Tiberi (fils de Jean Tiberi) témoigne bien de l'effectivité du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : par un décret du 20 janvier 2011, Dominique Tiberi avait été nommé contrôleur général économique et financier de première classe au tour extérieur, nomination contestée par un recours devant le Conseil d'État, lequel avait estimé que, « considérant [...] qu'aucune pièce du dossier ne permettant d'infirmer le constat [défavorable] de la commission [d'aptitude], le syndicat requérant est fondé à soutenir [que] les auteurs du décret attaqué ont commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que M. Tiberi présentait les aptitudes requises pour une telle nomination <sup>131</sup> ».

Nous voyons donc que si le contrôle minimum permet la coexistence pacifique du principe de légalité et du pouvoir discrétionnaire, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation permet quant à lui la coexistence du pouvoir discrétionnaire et du principe d'égal accès aux emplois publics <sup>132</sup>.

\*

Ainsi, à considérer les actes de nomination au prisme d'une analyse matérielle, à voir la pluralité des auteurs qui y concourent (juridiquement ou politiquement), leurs encadrements tant obligatoires que consultatifs, la variabilité des conditions de fond et la variabilité des contrôles qui s'exercent sur eux, une conclusion partielle absolument inverse à celle d'Alain Souloumiac s'impose : non, le pouvoir de nomination n'est pas la « prérogative d'un seul form[ant] un bloc dont les éléments sont indissociables <sup>133</sup> ». Au contraire, derrière l'exercice du pouvoir de nomination apparaît une très grande variété d'actes, témoignant d'une pluralité de compétences qu'il s'agit désormais de théoriser. Au pouvoir unique de nomination correspondent, en réalité, des pouvoirs plus ou moins discrétionnaires, répartis au sein de l'Exécutif.

---

131 CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières*, n° 346629, *AJDA*, 2012, note. O. Dord, p. 607 ; concl. G. Dumortier, *AJFP*, 2012, p. 71.

132 Sans anticiper sur notre analyse du principe d'égal accès aux emplois publics, une référence intéressante doit tout de même être mentionnée ici : CHAUVET C., « Arbitraire et discrétionnaire », in GUGLIELMI G.J. (dir.), *La Faveur et le Droit*, PUF, 2009, p. 345.

133 SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, op. cit., p. 211.

## **Chapitre 2 : Les pouvoirs de nomination : une échelle de la discrétion**

Systématiser l'analyse matérielle précédente consiste à essayer de construire des catégories dans lesquelles trouverait place la variété des actes de nomination. C'est assurément en fonction de la discrétion qui est laissée à l'Exécutif qu'il faut dresser une telle typologie des pouvoirs de nomination : la nomination peut se rapprocher d'une compétence liée (Section 1) ou se déployer sur toute une gamme de pouvoirs plus ou moins discrétionnaires (Section 2).

### ***Section 1 : La nomination comme compétence liée***

On appelle habituellement compétence liée le pouvoir qui est encadré par un ensemble de normes juridiques au point que le choix de l'autorité, sans réelle marge d'appréciation, apparaît dicté par les textes<sup>134</sup>. Dans le cadre de notre sujet, il est évident que nombre de nominations ne sont prises que dans l'exercice d'un pouvoir formel : cette compétence liée est un « pouvoir d'entérinement » (I). Or, la compétence liée peut aussi se comprendre comme un pouvoir qui nécessite une autre compétence pour s'exercer de manière effective, un pouvoir lié à une autre compétence, et qui est donc un pouvoir partagé. Dans le cadre des nominations, ce pouvoir substantiel qui nécessite la collaboration d'un pouvoir formel est le pouvoir de désignation (II).

#### **I. L'entérinement, ou le pouvoir formel de nomination**

Si l'Exécutif, aux termes des articles 13 et 21 de la Constitution, nomme à tous les emplois civils et militaires de l'État, le pouvoir de nomination qui lui est dévolu est un pouvoir essentiellement formel : il ne fait qu'entériner des décisions prises en amont. La réduction du pouvoir de nomination à une compétence liée est due à la fois à un principe, celui de l'égal accès aux emplois publics (A), et à une mise en pratique, celle du concours et de sa généralisation (B).

---

134 Ou, pour reprendre la définition classique de Jean Rivero : « Il y a compétence liée quand la règle de droit impose aux agents la décision qui découle pour eux de la réunion des conditions qu'elle définit », *Droit administratif*, § 70, *op. cit.*, p. 68.



### A) *Le fondement de l'entérinement : l'égal admissibilité*

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « tous les citoyens [...] 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 ». Cet article consacre un principe d'égal accès ou d'égal admissibilité<sup>135</sup> aux emplois publics dont l'histoire est celle d'une extension de sa signification au gré d'un dialogue entre le juge administratif et le juge constitutionnel.

En effet, le principe d'égal admissibilité doit tout d'abord se comprendre comme « le rejet du système de l'Ancien Régime<sup>136</sup> » et la volonté théorique de lutter contre des inégalités de classe supposées, instituées par la naissance ou la religion<sup>137</sup>. En pratique, pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, l'égal admissibilité n'a qu'une signification négative : elle correspond à la suppression de la vénalité des offices et de leur hérédité instituée par la Paulette de 1604. En aucun cas, donc, le principe ne garantissait un recrutement objectif des personnes destinées à occuper des emplois publics en fonction de leur aptitude, et nul recours sur ce moyen ne donnait lieu à des solutions efficaces.

Le changement principal dans l'histoire du principe d'égal admissibilité est la reconnaissance de son effectivité par le Conseil d'État au cours de l'arrêt *Barel* du 28 mai 1954<sup>138</sup>. Cinq communistes s'étaient vus refuser leur inscription au concours de l'ENA en raison de leurs convictions politiques. Le Conseil d'État a annulé la décision de refus au motif que l'autorité administrative « ne saurait, sans méconnaître le principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, écarter [...] un candidat en se fondant exclusivement sur des opinions politiques ». À partir de cet arrêt, le principe d'égal admissibilité est devenu « un droit subjectif opposable à l'administration<sup>139</sup> », mais c'est un dialogue entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État qui a contribué à confirmer l'importance du principe.

En effet, dès 1976<sup>140</sup>, le Conseil constitutionnel s'empare du principe, en le rattachant bien évidemment à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, pour contrôler la conformité à la Constitution des lois relatives à la fonction publique,

---

135 L'« égale admissibilité » est la formule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen tandis que le préambule de la Constitution de 1946 préfère l'expression d'« égal accès », généralisée de nos jours.

136 EDEL F., « Deux siècles de principe d'égal admissibilité », *Revue française d'administration publique*, 2012 (2), n° 142, p. 341.

137 Les débats furent d'ailleurs très vifs sur la proposition de Mounier qui voulait ajouter, à la rédaction de Talleyrand, les mots « selon leur capacité » et « sans distinction de naissance ». C'est finalement Lally-Tollendal qui parvint à la formulation plus conciliante que l'on connaît aujourd'hui. Cf. RIALS S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 227-233.

138 CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Rec.* p. 308, concl. Letourneur ; *GAJA*, n° 69.

139 EDEL F., « Deux siècles de principe d'égal admissibilité », art. cité, p. 354.

140 CC, 15 juillet 1976, *Dossiers des fonctionnaires*, n° 76-67 DC.

avant de censurer, dans une décision de 1983<sup>141</sup>, une disposition qui méconnaissait ce principe d'égal accès. Dans cette même décision, *Troisième voie d'accès à l'ENA*, le Conseil constitutionnel affirme que le principe issu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'applique également aux procédures dérogatoires de recrutement. Cette solution a été réaffirmée peu de temps après, à la suite de la généralisation de la pratique du tour extérieur, dans une décision de 1984 : il y est affirmé que le principe d'égal accès exige que « le choix des candidats soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur seront confiées<sup>142</sup> ». D'autres décisions sont venues préciser que les nominations aux emplois à la décision du gouvernement<sup>143</sup> ainsi qu'aux emplois de direction des établissements publics devaient également se soumettre aux dispositions de l'article 6<sup>144</sup>.

Or, les jurisprudences *Dupavillon*<sup>145</sup> précitées s'inspirent des décisions du Conseil constitutionnel afin d'ouvrir à l'office du juge des nominations le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : c'est parce que l'article 6 reconnu par le Conseil constitutionnel s'applique dans tous les cas de figure que le Conseil d'État est amené à censurer les erreurs manifestes, comme en témoigne l'affaire Dominique Tiberi<sup>146</sup>. Dans un récent arrêt du 11 juillet 2012<sup>147</sup>, relatif à la nomination du préfet Michel Sappin, le Conseil d'État va même jusqu'à faire explicitement référence à la décision 2010-94 QPC du Conseil constitutionnel pour justifier la portée du principe de l'égalité admissibilité.

Ce principe apparaît donc comme un des fondements de la réduction du pouvoir de nomination à un simple pouvoir d'entérinement.

## B) *Le concours comme protection de la fonction publique*

Tout principe attend sa mise en pratique. Or, la réalisation concrète de celui d'égalité admissibilité passe avant tout par le biais du concours, dont le régime limite la compétence de l'autorité de nomination.

---

141 CC, 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'ENA*, n° 82-153 DC, *Rec.* p. 35, cons. 5, 35.

142 CC, 12 septembre 1984, *Limite d'âge dans la fonction publique*, n° 84-179 DC, *Rec.* p. 73, cons. 17.

143 CC, 28 janvier 2011, *Robert C ou Nominations aux emplois supérieurs de la fonction publique*, n° 2010-94 QPC.

144 CC, 16 juillet 2009, *Réforme de l'hôpital*, n° 2009-584 DC, *Rec.* p. 140, cons. 12.

145 CE, Ass., 16 décembre 1988, *Association des administrateurs civils c/ Dupavillon*, *Rec.* p. 449 ; concl. C. Vigouroux, *AJDA*, 1989, p. 102 ; chron. M. Azibert et M. Boisdeffre, *RDF*, 1989, p. 522 ; CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bléton c/ Sarazin*, *Rec.* p. 451 ; concl. C. Vigouroux, *AJDA*, 1989, p. 102.

146 CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales*, n° 346629, *AJDA*, 2012, note. O. Dord, p. 607 ; concl. G. Dumortier, *AJFP*, 2012, p. 71.

147 CE, 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux*, n° 348064, *AJFP*, 2012, p. 310, note C. Fortier.

La mise en œuvre du principe d'égalité admissibilité par la voie du concours est assez récente en France<sup>148</sup> : sous l'Empire et la Restauration, le concours est évidemment réduit à la portion congrue, de même qu'il n'est ouvert que pour de rares fonctions sous la monarchie de Juillet, avant de commencer réellement à se généraliser sous la III<sup>e</sup> République.

Cependant, les règles générales de recrutement des fonctionnaires par voie de concours laissent tout de même place à deux niches de discrétion : si l'appréciation souveraine du jury était respectée pour les résultats des candidats, l'autorité de nomination pouvait exercer un pouvoir discrétionnaire soit avant le concours, soit après. En effet, le régime juridique du concours sous la III<sup>e</sup> République prévoyait que l'autorité de nomination devait agréer les candidats admis à concourir, ce qui lui permettait certaines décisions arbitraires dont ne pouvait connaître le Conseil d'État. Ainsi, en 1911, un ecclésiastique n'avait pas obtenu l'agrément nécessaire pour concourir à l'agrégation de philosophie du secondaire : le Conseil d'État, dans l'arrêt *Abbé Bouteyre*, a jugé que « le ministre de l'Instruction publique n'a fait qu'user à l'égard de ce candidat, dans l'intérêt du service placé sous son autorité, de [son] droit d'appréciation<sup>149</sup> ». À cette discrétion avant concours s'ajoute une discrétion après concours, celle pour l'autorité de nomination de sélectionner selon son bon vouloir les candidats admis : « la liste de candidats déclarés aptes par le jury » n'était finalement qu'une « liste de présentation sur laquelle le gouvernement [avait] le droit de prendre les candidats qu'il [voulait] dans l'ordre qu'il [voulait]<sup>150</sup> ».

Avec l'évolution législative, réglementaire et jurisprudentielle, ces deux niches de discrétion ont désormais disparu et le concours semble effectivement la voie par excellence pour réaliser l'égalité admissibilité : avant le concours, l'« admission à concourir » ne peut plus « amener l'autorité à se substituer au jury, seul habilité à vérifier l'aptitude professionnelle des candidats<sup>151</sup> », et ce en raison de la jurisprudence *Mulsant* du 18 mars 1983 précitée, et après le concours, l'autorité de nomination est obligée de suivre l'ordre de mérite établi par le jury<sup>152</sup>. Seule discrétion restante, nous l'avons dit : il lui est loisible de nommer ou de ne pas nommer, pour des considérations d'intérêt général, car « l'admission au concours n'est jamais qu'un certificat d'aptitude à la nomination<sup>153</sup> ».

---

148 EDEL F., « Deux siècles de principe d'égalité admissibilité », art. cité, p. 347.

149 CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, *Rec.* p. 553, concl. J. Helbronner ; note G. Jèze, *RDP*, 1912.

150 EDEL F., « Deux siècles de principe d'égalité admissibilité », art. cité, p. 350.

151 COLIN F., *L'Aptitude dans le droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 145.

152 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 210, *op. cit.*, t. II, p. 182. Cf. le titre II du statut général des fonctionnaires et CE, Ass., 29 décembre 1978, *Association générale des attachés d'administration centrale*, *Rec.* p. 535.

153 HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, p. 752. Cf. CE, 16 novembre 1894, *Brault*, *Rec.* p. 596, et surtout CE, 13 janvier 1999, *Ludot*, *DA*, 1999, n° 77.

Étant donné que l'article 16 du statut général des fonctionnaires impose le concours comme mode de recrutement de droit commun des fonctionnaires<sup>154</sup> 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 nomination<sup>155</sup>.

## **II. La désignation : le pouvoir substantiel de nomination**

Si donc il existe une compétence formelle de nomination, il doit nécessairement exister une autre compétence qui lui est complémentaire : la faculté de suggérer un nom ou de désigner une personne. Cette dissociation entre le pouvoir de nomination et le pouvoir de désignation, si elle peut se comprendre comme une protection contre l'arbitraire (A), vise, entre autres, une finalité pratique : lutter contre la technicité et l'ampleur des nominations (B).

### *A) Nomination-désignation : une lutte contre l'arbitraire ?*

Le pouvoir de désignation est un pouvoir substantiel de nomination qui permet à un individu ou une autorité de choisir le ou les futurs titulaires d'un emploi ou d'une fonction dont la nomination, pour être effective, devra être sanctionnée par l'Exécutif, agissant en qualité d'autorité de nomination. Ce pouvoir de désignation peut s'exercer selon deux modes : par actes juridiques ou par actes matériels.

En effet, nous avons précédemment vu que l'acte de nomination pouvait être encadré par d'autres actes juridiques, comme des avis, des rapports ou des propositions, qui sont justement les choix qu'avance l'autorité investie d'un pouvoir de désignation. Cette désignation peut encore se faire, au sein de cette autorité, par la voie de l'élection : les membres du Collège de France sont élus par leurs pairs, mais leur nomination se fait par décret du président de la République<sup>156</sup>, de même que les membres de l'Académie française qui doivent être « reçus » par le président<sup>157</sup>.

Le pouvoir de désignation peut encore – et c'est majoritairement le cas – s'exercer par différents actes matériels : une lettre, un conseil, un ordre oral peuvent évidemment

---

154 « Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi », art. 16, loi n° 83-634, 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* précitée.

155 « Le procédé du concours [...] fait du pouvoir de nomination une compétence liée dont l'exercice n'a qu'une signification juridique purement formelle et ne traduit nullement un choix », PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 655.

156 Cf., par exemple, le décret du 27 août 2008 *portant nomination de M. Aimard (Pierre-Laurent)* sur la chaire de création artistique.

157 L'exemple classique témoignant de l'importance de cette réception par le président de la République est évidemment celui de Paul Morand dont l'entrée à l'Académie française a été empêchée par le général de Gaulle.

orienter, voire lier, l'autorité chargée de la nomination. Ces actes sont difficilement appréhendables par le droit, mais refuser de voir leur existence conduirait à méconnaître le régime réel de certaines compétences juridiques<sup>158</sup>. Quand un tel pouvoir de désignation-suggestion est à l'œuvre, et selon la capacité d'influence de celui qui l'exerce, le pouvoir de nomination, bien qu'entier, se trouve réduit à un simple pouvoir formel d'entérinement.

Cette dissociation entre le pouvoir formel de nomination (pouvoir d'entérinement) et le pouvoir substantiel de nomination (pouvoir de désignation) répond à une finalité théorique : limiter l'arbitraire dans des domaines particulièrement sensibles et qui prêtent à polémiques. En d'autres termes, il faut que par ces différents montages juridiques le pouvoir de nomination (substantiel) arrête le pouvoir de nomination (formel), et réciproquement. Dès lors, « la pluralité des autorités de nomination apparaît comme un gage d'indépendance<sup>159</sup> ». Les nominations des présidents des autorités administratives indépendantes (AAI) sont l'objet par excellence de cette dissociation des pouvoirs afin de garantir justement cette indépendance, caractéristique de ces mêmes autorités. La plupart de leurs membres sont « désignés » ou « proposés » par d'autres autorités avant d'être « nommés » par décret, comme ceux de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA)<sup>160</sup>. Cette dissociation est nécessaire, car l'indépendance de ces autorités est régulièrement remise en cause, sans doute à juste titre : la récente nomination d'Olivier Schrameck à la tête du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), alors même que la composition dudit Conseil respecte théoriquement le principe de dissociation des pouvoirs d'entérinement et de désignation<sup>161</sup>, a pu raviver quelque peu le débat<sup>162</sup>.

Néanmoins, le pouvoir de désignation, censé lutter contre l'arbitraire, quand il s'exerce par actes matériels peut avoir l'effet inverse : comme nous le montrerons<sup>163</sup>, des influences peuvent peser sur l'autorité de nomination, influences d'autant plus néfastes que ces actes sont rarement susceptibles de recours devant les juridictions.

---

158 Cf. JEZE G., *Les Principes généraux du droit administratif*, Dalloz, 2005, 3<sup>e</sup> éd., p. 25-67.

159 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 738.

160 Art. 23, loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public*, JO du 18 juillet 1978, p. 2851.

161 Art. 4, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, JO du 1<sup>er</sup> octobre 1986, p. 11755. La formulation témoigne bien de cette dissociation : le CSA « comprend neuf membres *nommés* par décret du président de la République. Trois membres sont *désignés* par [lui], trois membres sont *désignés* par le président de l'Assemblée nationale et trois membres par le président du Sénat ».

162 « Olivier Schrameck, nouveau président du CSA », *Le Monde*, 9 janvier 2013.

163 Cf. II.2.

## *B) Technicité et ampleur des nominations*

Plus prosaïquement, le pouvoir substantiel de nomination qu'est la désignation ou la suggestion semble répondre à une autre finalité : celle de pourvoir à des postes dont l'ampleur et la technicité nécessitent le concours de différentes autorités.

Alors que Malraux, en 1962, lui proposait un compositeur, Georges Auric, au siège d'administrateur des théâtres lyriques nationaux, tout en soulignant qu'aucun musicien n'y avait été nommé depuis quarante ans, le général de Gaulle aurait répondu : « Il faut parfois faire appel aux compétences<sup>164</sup>. » Et en effet, une des limites naturelles du pouvoir de nomination est la compétence des personnes appelées à occuper les emplois ou fonctions. La compétence peut se révéler être un problème dans des domaines particulièrement techniques : à supposer que les présidents aient eu chacun leurs domaines propres de prédilection, il leur fallait pourvoir à d'autres postes dans des domaines qui leur étaient étrangers.

Si le général de Gaulle a choisi personnellement les membres de ses maisons civile et militaire, pour des raisons que l'on devine aisément, ses successeurs ont dû habituellement s'en remettre soit à la confirmation des militaires en place<sup>165</sup>, soit au nom suggéré par le sortant<sup>166</sup>, ou ont dû demander conseil à un homme de confiance proche des milieux militaires, comme ce fut peut-être le cas pour la nomination de Jean Saulnier par François Mitterrand à la tête de l'état-major particulier, nom qu'aurait suggéré Jacques Mitterrand, frère du président et général de l'armée de l'air<sup>167</sup>.

Le pouvoir de désignation ou de suggestion est également utile pour faire face à l'ampleur du nombre de postes à pourvoir qui, combinée à la technicité, pose certaines difficultés : si la compétence de principe est la nomination par l'Exécutif aux emplois civils et militaires, le président de la République ou le Premier ministre ne peuvent personnellement se charger de l'ensemble des nominations, comme nous le montrerons plus en détail<sup>168</sup>. En règle générale, pour la plupart des postes, le président de la République « fait confiance à ses ministres et au premier d'entre eux<sup>169</sup> », tout en gardant un droit de regard. La nécessité de recourir aux conseils et suggestions se fait parfois urgente, comme sans doute ce put être le

---

164 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, De Fallois et Fayard, 1995, t. I, p. 105.

165 C'est le cas de Nicolas Sarkozy avec Édouard Guillaud (chef d'état-major particulier de 2006 à 2010) ou encore, plus récemment, de François Hollande avec Benoît Puga (actuel chef d'état-major particulier depuis 2010).

166 Pour son remplacement en 1995, l'amiral Lanxade aurait suggéré le général Douin à la tête de l'état-major des armées.

167 MASSOT J., *Le Chef de l'État, chef des armées*, LGDJ, 2011, p. 68-69.

168 Cf. II.1.

169 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, t. II, *op. cit.*, t. II, p. 154. Alain Peyrefitte rapporte une anecdote amusante sur les nominations des préfets en Conseil des ministres : le général de Gaulle « fait confiance : mais il sait. Il a le *Bottin administratif* dans la tête [...] Frey lit une liste de neuf préfets et neuf départements. Le Général, sans lunettes, donc incapable de lire, redit tous les départements dans l'ordre, sans en oublier un seul. Il fait une remarque sur chacun ».

cas à l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981, à en croire André Rousselet, directeur de cabinet de François Mitterrand et chargé, avec Michel Charasse et Paul Legatte « de mettre en musique la valse des nominations<sup>170</sup> » : « Nous surgissions du néant. Depuis vingt-trois ans nous étions dans l'ombre et il fallait soudain tout faire en même temps [...]. Il fallait prendre trente décisions par jour dans des secteurs où nous ne connaissions pas les hommes<sup>171</sup>. » Préfets, conseillers des cabinets ministériels, dirigeants des entreprises publiques, procureurs... la liste est longue des postes auxquels l'autorité de nomination doit pourvoir et pour lesquels des conseils sont impérativement nécessaires. Ces deux pouvoirs de nomination et de désignation-suggestion se rencontrent la plupart du temps à l'Élysée, en préparation des Conseils des ministres, comme sous la présidence de François Mitterrand où s'organisaient des « des réunions des nominations<sup>172</sup> ».

Ainsi, nous voyons déjà se profiler différents pouvoirs sur cette échelle de la discrétion des nominations : posséder une compétence liée de nomination, c'est posséder soit le pouvoir formel de nommer (l'entérinement), soit le pouvoir substantiel de choisir ou de conseiller (la suggestion). Plus ces deux pouvoirs se concentrent au sein d'une même autorité, plus la nomination se rapproche d'un pouvoir discrétionnaire.

## ***Section 2 : La nomination comme pouvoir discrétionnaire***

Quand l'autorité de nomination formelle possède également une certaine compétence substantielle de nomination, le pouvoir qui s'exerce est donc plus discrétionnaire encore. Mais de nouveau, au sein de cette catégorie, il faut distinguer, selon que l'acte de nomination est plus ou moins encadré juridiquement, entre les nominations qui témoignent d'une grande liberté de choix (I) et celles qui expriment une discrétion maximale (II).

### **I. De la liberté de choix...**

Si l'Exécutif exerce dans d'innombrables cas un pouvoir discrétionnaire de nomination, avec une grande liberté de choix, deux d'entre eux sont particulièrement notables et révélateurs de la nature de ce pouvoir : ce sont les emplois à la décision du gouvernement (A) et les nominations au tour extérieur (B).

---

170 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, Seuil, 1990, t. I, p. 520.

171 « Entretien avec André Rousselet, 20 février 1989 », *ibid.*, p. 520.

172 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1988-2, p. 459.

## A) *Les emplois à la décision du gouvernement*

L'emploi « à la décision » du gouvernement est un emploi discrétionnaire ayant pour trait distinctif « la liberté presque totale dont disposent les autorités investies du pouvoir de nomination pour [y] pourvoir » et, conséquence évidente, « la possibilité de mettre fin à tout moment aux fonctions du titulaire de l'emploi, y compris pour des raisons de simple convenance politique »<sup>173</sup> : nomination libre, révocation *ad nutum*, donc. La justification théorique de ces emplois est « le souci bien légitime de donner aux autorités gouvernementales des moyens d'action suffisants [afin que] ces autorités, qui, par définition même, ont une certaine politique à poursuivre, puissent choisir les collaborateurs les plus aptes à servir cette politique »<sup>174</sup>.

Si « historiquement, [ces emplois] sont aussi anciens que l'État lui-même »<sup>175</sup>, leur encadrement et la construction de leur régime datent de la III<sup>e</sup> République et ont été essentiellement consacrés par le statut général de la fonction publique du 19 octobre 1946, repris par l'ordonnance du 4 février 1959 et précisé à l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 (le titre II du statut général des fonctionnaires) : ces emplois sont essentiellement révocables et concernent aussi bien les fonctionnaires que les non-fonctionnaires, quoiqu'ils n'entraînent pas, le cas échéant, titularisation dans la fonction publique. Le décret d'application du 24 juillet 1985 énumère quelques-uns de ces emplois : ambassadeurs, préfets, recteurs d'académie... Mais le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler, à plusieurs reprises, qu'une liste réglementaire fixant les emplois à la discrétion du gouvernement ne saurait être limitative<sup>176</sup> : le juge a recours à la méthode du faisceau d'indices pour qualifier d'emploi à la décision du gouvernement un tel emploi. Dans ce faisceau, le critère déterminant est sans nul doute la nature des fonctions en question, c'est-à-dire la possible participation à la « fonction gouvernementale », d'après les termes mêmes du commissaire du gouvernement Laurent concluant sur l'arrêt *Guille*<sup>177</sup> de 1954. Ainsi, selon ce critère, « l'énumération de quelques hautes fonctions administratives ne donne qu'une pâle idée de l'ampleur du phénomène »<sup>178</sup> : aux emplois dans l'administration de l'État doivent être ajoutés ceux qui concernent la direction d'établissements publics ou d'entreprises publiques.

---

173 LOCHAK D., art. « Emplois discrétionnaires », in DUHAMEL O. et MENY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, *op. cit.*

174 Conclusions de J. Donnedieu de Vabres sur CE, 13 mars 1953, *Teissier, Rec.* p. 133.

175 OLSON T., « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », art. cité, p. 1899.

176 CE, 10 décembre 1948, *Lavaud, Rec.* p. 467 (pour les directeurs d'administration centrale) ; CE, 24 juin 1949, *Negre, D.*, 1949, p. 570 (pour le directeur de l'AFP) ; CE, 13 mars 1953, *Teissier, Rec.* p. 133 (pour le directeur du CNRS) ; CE, 13 novembre 1959, *Jugeau, Rec.* p. 506 (pour le directeur de l'ONERA) ; CE, 23 novembre 1992, *Portier, Rec.* p. 1042 (pour les emplois de directeur général d'EPIC).

177 « Nous ne trouvons aucune de ces responsabilités majeures ni aucun pouvoir de décision dans des affaires d'ordre politique qui font participer à la *fonction gouvernementale* les titulaires de ces hautes fonctions, dont la contrepartie est d'être à la discrétion du gouvernement ; nous sommes en présence d'attributions purement administratives », CE, 1<sup>er</sup> octobre 1954, *Guille*, Dalloz 1955, J. p. 433, note G. Braibant.

178 REDEYLLET M., « Les emplois à la discrétion du gouvernement », *AEAP*, 1979, p. 479.



Dès lors, le régime de ces emplois pose la question « juridiquement délicate et même politiquement sensible<sup>179</sup> » du degré de discrétion laissée à l'appréciation du gouvernement. Si nul n'est besoin ici de rappeler que le juge vérifie les compétences du titulaire de la fonction au moyen du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, il faut tout de même souligner deux éléments de régime qui sont autant de limites : l'un tenant à la révocation ; l'autre tenant à la qualité des personnes nommées.

En ce qui concerne les révocations, elles interviennent rarement purement et simplement mais prennent « la forme d'une nomination à un autre emploi<sup>180</sup> » et doivent être décidées avec des garanties minimums : si l'intérêt du service se confond souvent avec la convenance politique<sup>181</sup>, il est tout de même nécessaire de communiquer son dossier à la personne révoquée, sous peine d'irrégularité de la révocation<sup>182</sup>.

En ce qui concerne la qualité des personnes nommées (fonctionnaire ou non), l'état du droit est nettement plus complexe. Hormis les obligations qui découlent du principe d'égal accès aux emplois publics<sup>183</sup>, aucune règle statutaire ne s'impose au gouvernement qui nomme un non-fonctionnaire à un emploi discrétionnaire. On aurait pu penser que, pour reprendre les termes de Terry Olson, « qui peut le plus peut le moins » : dans la mesure où le gouvernement peut nommer n'importe qui en dehors de l'administration, il pourrait nommer n'importe qui, à plus forte raison appartenant à l'administration. Mais le Conseil d'État en a jugé autrement dans un arrêt de 2006<sup>184</sup>, confirmé plus récemment par l'arrêt concernant le préfet Michel Sappin<sup>185</sup> de 2012 : « Les textes fixant des conditions particulières d'accès à un emploi à la décision du gouvernement s'imposent au pouvoir de nomination lorsqu'il désigne un fonctionnaire relevant de ces textes<sup>186</sup> », ce qui n'est pas sans limiter la discrétion de l'autorité de nomination.

Nous voyons par conséquent que l'emploi à la décision du gouvernement est une forme d'exercice du pouvoir discrétionnaire de nomination encadré par la légalité. Une autre forme tout aussi importante, et souvent confondue avec celle de l'emploi discrétionnaire, est la nomination au tour extérieur.

---

179 OLSON T., « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », art. cité, p. 1899.

180 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 139.

181 Au point de rendre inutile la distinction entre emplois discrétionnaires et emplois fonctionnels opérée par Danièle Lochak (cf. « Emplois discrétionnaires », art. cité) ou Olivier Schrameck (cf. « Influences politiques et garanties juridiques », *AJDA*, 1994, p. 429).

182 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 222, op. cit., p. 192.

183 EDEL F., « Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité », art. cité, p. 357.

184 CE, Ass., 31 mai 2006, *Syndicat CFTC du ministère des Affaires étrangères*, concl. T. Olson, *AJDA*, 2006, p. 1899.

185 CE, 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux*, n° 348064, *AJFP*, 2012, p. 310, note C. Fortier ; note O. Dord, *JCP*, 09/2012, n° 39, p. 1015.

186 DORD O., « Étendue du pouvoir de nomination à un emploi à la décision du gouvernement lorsque des fonctionnaires ont vocation statutaire à l'occuper », *JCP*, sept. 2012, n° 39, p. 1015.

## *B) Les nominations au tour extérieur*

Le tour extérieur est un procédé de recrutement de fonctionnaires exorbitant du droit commun, il s'agit d'« un accès exceptionnel en dehors des règles normales de recrutement par concours <sup>187</sup> » réservé à un pourcentage réduit d'emplois à pourvoir.

Bien qu'il témoigne en effet d'un exercice discrétionnaire de nomination, le tour extérieur ne doit pas être assimilé à l'emploi à la décision du gouvernement : les nominations au tour extérieur ne sont pas censées être des nominations politiques, à l'inverse des nominations à la décision du gouvernement « dont le caractère politique est clairement assumé <sup>188</sup> ». Le litige ayant mis en cause l'Association des membres du corps préfectoral et Brice Hortefeux lors de la nomination de ce dernier, le 27 avril 1995, en qualité de préfet chargé de mission de service public, est sans doute le meilleur exemple de confusion : administrateur territorial, Brice Hortefeux avait été détaché dans un emploi de sous-préfet en 1994 avant de devenir immédiatement le chef de cabinet de Nicolas Sarkozy, nommé ministre du Budget, puis, après moins d'un an, d'être promu préfet. Le décret du 29 juillet 1964 (ancien) portait statut des préfets <sup>189</sup> : son article premier autorisait des nominations à des emplois de préfet à la décision du gouvernement (al. 1), son article 2 prévoyait la promotion au rang de préfets pour les sous-préfets ayant exercé deux ans des fonctions territoriales (al. 1) ou justifiant, pour les sous-préfets n'ayant pas exercé de fonctions territoriales, de dix ans de service dans leur corps (al. 2), et son article 4 assurait la titularisation des préfets nommés sur le fondement de l'article premier après un an d'exercice. Le montage juridique issu de la combinaison des articles premier et 4 ressemblait donc à un tour extérieur à deux temps. L'association requérante, privilégiant une lecture « emploi à la décision », soutenait qu'en qualité de sous-préfet Brice Hortefeux devait répondre aux exigences de l'article 2 : la nomination était donc entachée d'un détournement de procédure. Le gouvernement opposait en réplique que la nomination avait été faite sur le fondement de l'article premier, au sens « tour extérieur », et donc que Brice Hortefeux n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 2. Le Conseil d'État n'a pas eu à trancher le litige, l'association s'étant désistée de son recours <sup>190</sup>. Mais il est clair que ni le fondement ni le régime des emplois à la décision du gouvernement ou du tour extérieur ne coïncident : l'emploi à la décision du gouvernement est politique et les règles statutaires s'appliquent si la nomination concerne un fonctionnaire ; le tour extérieur échappe, en théorie, à la logique des nominations politiques et est soumis à un régime beaucoup plus souple.

---

187 SILVERA V., « Réflexions sur le tour extérieur dans la fonction publique », *RA*, 1970, p. 678.

188 BUI-XUAN O., « Faveur et tour extérieur », in GUGLIELMI G.J. (dir.), *La Faveur et le Droit, op. cit.*, p. 234.

189 Décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 *fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets*, *JO* du 5 août 1964, p. 7156.

190 Les conclusions du commissaire du gouvernement Rémy Schwartz ont pourtant été publiées : *AJDA*, 1997, p. 297. Elles allaient dans le sens d'une annulation du décret de nomination.

Deux fondements dressent le portrait de deux types de tour extérieur : le tour extérieur interne à l'administration, qui permet « d'offrir des débouchés attractifs à des agents suffisamment compétents et motivés, [comme] le tour extérieur des administrateurs civils, qui est un débouché naturel pour les attachés les plus méritants <sup>191</sup> » et le tour extérieur en dehors de l'administration qui est « un moyen d'enrichissement pour le corps d'accueil [...] de s'adjoindre d'autres élites que celles dégagées par le concours de recrutement <sup>192</sup> » et qui vise essentiellement les grands corps et les corps d'inspection.

La première catégorie de tour extérieur, celle qui n'est finalement qu'une « procédure d'accélération dans le déroulement de la carrière <sup>193</sup> », trouve son fondement légal à l'article 24 du statut des fonctionnaires de l'État qui permet à des fonctionnaires de catégorie A d'intégrer d'autres corps de catégorie A : cette procédure est la moins intéressante pour notre propos, car les garanties juridiques qui l'encadrent la place au point de contact entre la nomination liée et la nomination discrétionnaire <sup>194</sup>.

En revanche, la seconde catégorie laisse une assez grande marge de manœuvre à l'autorité de nomination puisque l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 dispose que « les statuts particuliers des corps d'inspection et de contrôle doivent prévoir la possibilité de pourvoir aux vacances d'emploi dans le grade d'inspecteur général ou de contrôleur général par décret en Conseil des ministres *sans condition autre que d'âge* <sup>195</sup> ». Il en va de même pour les grands corps avec des garanties toutefois différentes.

Ces garanties variables sont au nombre de quatre : le pourcentage d'emplois laissés au tour extérieur, l'âge minimum, l'exigence d'expérience dans la fonction publique, l'avis d'une commission d'aptitude ou du chef de corps. Après avoir été d'un tiers, puis limité en 1986 à moins d'un quart, mais à plus d'un cinquième, le pourcentage en a été réduit, depuis 1994, à moins d'un cinquième des emplois vacants <sup>196</sup> pour les corps d'inspection et de contrôle. L'âge minimum varie entre trente ans (maître des requêtes au Conseil d'État <sup>197</sup>), quarante (conseiller maître à la Cour des comptes <sup>198</sup>), quarante-cinq ans (conseillers d'État <sup>199</sup>,

---

191 OLSON T., « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », art. cité, p. 1899.

192 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 124.

193 SCHRAMECK O., « Influences politiques et garanties juridiques », art. cité, p. 429.

194 L'exemple du tour extérieur des professeurs certifiés est probant : des enseignants justifiant de diplômes, de plusieurs années d'enseignement, de conditions d'âge et étant inscrits sur une liste d'aptitude peuvent être titularisés dans le corps des certifiés (cf. art. 27, décret n° 72-581 du 4 juillet 1972, *relatif au statut particulier des professeurs certifiés*, JO du 7 juillet 1972, p. 7073).

195 Art. 8, loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 *relative à la limite d'âge dans la fonction publique*, JO du 14 septembre 1984, p. 2904.

196 Loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986, JO du 26 décembre 1986 ; loi n° 94-530 du 28 juin 1994, JO du 29 juin 1994.

197 Art. L133-4, CJA.

198 Art. L122-2, Code des juridictions financières.

199 Art. L133-3, CJA.

inspecteur général des finances<sup>200</sup>), voire cinquante ans (ministre plénipotentiaire hors classe<sup>201</sup>). Enfin, certaines nominations au tour extérieur sont encadrées par une exigence d'accomplissement de dix années de service public<sup>202</sup>.

Malgré tout, la garantie la plus importante reste l'avis que rend soit le chef de corps pour les grands corps<sup>203</sup>, l'inspection générale des finances, de l'administration et des affaires sociales, soit la commission *ad hoc* d'aptitude pour les autres corps d'inspection et de contrôle<sup>204</sup>. Cette commission est généralement composée d'un conseiller d'État, d'un magistrat de la Cour des comptes, du directeur général de l'administration et de la fonction publique, du chef de service et de deux inspecteurs généraux du corps en question. Son avis ne saurait lier l'autorité de nomination, qui peut très bien passer outre (comme dans cinq cas sur soixante-dix-sept entre 2001 et 2011), même s'il prend une place de plus en plus essentielle dans le contentieux du tour extérieur. En effet, d'après la décision 84-179 DC précitée portant sur la loi du 13 septembre 1984, le tour extérieur « ne permet pas de procéder à [des] nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>205</sup> », ce qui a pour conséquence, nous l'avons vu, d'ouvrir au juge de la nomination un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>206</sup>. Or, c'est justement l'avis de la commission ou du chef de corps qui, entre autres, donnera les moyens au juge d'évaluer cette erreur d'appréciation, comme le montre le rapporteur public Gaëlle Dumortier dans ses conclusions sur l'affaire Dominique Tiberi<sup>207</sup>.

Malgré ces garanties, les nominations au tour extérieur apparaissent grandement discrétionnaires, et c'est à bon droit que certains ont vu en elles « la seule catégorie [des] nominations par décret présidentiel qui traduise un véritable choix<sup>208</sup> ».

---

200 Art. 13, III, décret n° 73-276 du 14 mars 1973 *relatif au statut particulier du corps de l'inspection générale des finances*, JO du 15 mars 1973, p. 2798.

201 Art. 6, décret n° 69-222 du 6 mars 1969 *relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires*, JO du 13 mars 1969, p. 2579.

202 Comme les conseillers référendaires (art. L122-5, Code des juridictions financières) ou les maîtres des requêtes (art. L133-4, CJA).

203 C'est-à-dire, par exemple, le premier président de la Cour des comptes (art. L122-6, Code des juridictions financières) ou encore le vice-président du Conseil d'État (art. L133-7, CJA).

204 COLIN F., *L'Aptitude dans le droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 149. C'est la loi 23 décembre 1986 modifiant celle du 13 septembre 1984, toutes deux précitées, qui a instauré cette commission. L'avis du chef de corps date lui de la loi du 28 juin 1994 précitée. Cf. DOUBLET Y.-M., « Nominations au tour extérieur et pantouflage dans la haute fonction publique », *RFDA*, 1995, p. 716.

205 CC, 12 septembre 1984, *Limite d'âge dans la fonction publique*, n° 84-179 DC, *Rec.* p. 73, cons. 17.

206. CE, Ass., 16 décembre 1988, *Association des administrateurs civils c/ Dupavillon*, *Rec.* p. 449 ; CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bléton c/ Sarazin*, *Rec.* p. 451.

207. CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales*, n° 346629, *AJDA*, 2012, note. O. Dord, p. 607 ; concl. G. Dumortier, *AJFP*, 2012, p. 71.

208 MASSOT J., *L'Arbitre et le Capitaine*, Flammarion, coll. « Champs », 1987, p. 110.

## **II. .... à la discrétion maximale**

Au sommet de cette échelle que nous construisons et qui témoigne de la pluralité des pouvoirs de nomination de l'Exécutif, deux catégories de nomination formeraient le degré maximal de discrétion : les nominations qui portent sur les services propres des différents membres de l'Exécutif (A) et les nominations que l'on pourrait assimiler à des actes de gouvernement, apanages du président de la République (B).

### *A) Les services propres (cabinets et secrétariats)*

Peu d'études juridiques ont été réalisées qui concernent les membres des cabinets ministériels : non pas que le sujet intéresse peu, mais, du point de vue du droit, il y a relativement peu de chose à dire. Or, c'est précisément parce que le régime applicable aux nominations et aux révocations de ses membres est quasi nul que l'analyse des cabinets ministériels doit s'inscrire dans une compréhension du pouvoir discrétionnaire de nomination réservé aux membres de l'Exécutif.

En effet, on considère depuis longtemps que les nominations des membres des cabinets ministériels sont « à l'entière discrétion du ministre », étant donné que « ces agents n'exercent leurs fonctions que sous le couvert du ministre et n'existent que par lui<sup>209</sup> ». La loi de finances du 13 juillet 1911<sup>210</sup> est le premier texte à encadrer quelque peu ces nominations, notamment en prévoyant un nombre limité de membres et en ordonnant la publication de la nomination au *Journal officiel*. Le décret du 28 juillet 1948, toujours de droit positif, vient compléter ces mesures en décrivant précisément la composition des cabinets et les différents emplois à pourvoir et en disposant l'unique règle de fond qui s'impose à ces nominations : « Nul ne peut être nommé membre d'un cabinet ministériel s'il ne jouit de ses droits civils et politiques et s'il ne se trouve en position régulière au regard des lois sur le recrutement de l'armée<sup>211</sup>. » Enfin, un décret de 2008, reprenant une ancienne règle d'un décret de 1972, interdit aux membres des corps recrutés par la voie de l'ENA de travailler en cabinet s'ils ne justifient pas de « quatre années de services publics effectifs<sup>212</sup> ».

À côté de ces membres officiels figurent des membres officieux dont le nombre ne saurait évidemment être contrôlé, et qui sont tout autant des agents dépendant du ministère, ou des fonctionnaires sortis de l'ENA qui ne répondent pas aux exigences du décret de 2008. Comme le nom de ces membres officieux n'est pas publié au *Journal officiel*, il est impossible

---

209 SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, op. cit., t. I, p. 63.

210 Loi de finances du 13 juillet 1911, JO du 14 juillet 1911, voir notamment l'article 142.

211 Art. 7, décret n° 48-1233 du 28 juillet 1948 portant RAP en ce qui concerne les cabinets ministériels, JO du 29 juillet 1948, p. 7460.

212 Art. 4, décret n° 2008-15 du 4 janvier 2008 relatif à la mobilité et au détachement des fonctionnaires des corps recrutés par la voie de l'ENA, JO du 5 janvier 2008, texte n° 30.

au juge de contrôler la régularité de la composition des cabinets faite « de faire ressortir des pièces du dossier des preuves du détournement de procédure opéré<sup>213</sup> ».

Au sein des membres officiels, il faut distinguer entre les fonctionnaires, qui sont mis à disposition du ministre et qui rejoignent leur corps d'origine après leur révocation, et les non-fonctionnaires, qui sont « recrutés discrétionnairement par les membres du gouvernement ou leur directeur de cabinet sous la forme d'un contrat dénommé "contrat de cabinet"<sup>214</sup> ». Ce contrat témoigne à lui seul du pouvoir discrétionnaire du ministre qui nomme les membres de son cabinet : il est tout à la fois dérogoratoire aux règles de droit commun, donc non soumis aux règles du Code du travail, et dérogoratoire aux règles applicables aux contractuels de droit public issues du décret du 17 janvier 1986<sup>215</sup>. Ces contrats de cabinet « comportent une clause de résiliation de plein droit lorsque le ministre cesse d'exercer ses fonctions », qui n'équivaut ni à un licenciement ni à une démission, ce qui fait d'eux des contrats « à terme fixe » auxquels sont pourtant applicables quelques règles du Code du travail (celles qui sont également applicables aux agents non titulaires de droit public) : l'indemnisation du chômage (art. L351-12, Code du travail) et les principes généraux du droit « dégagés par le juge administratif qui transcrivent dans le droit public des règles posées par le législateur pour le contrat de travail<sup>216</sup> ».

Nous voyons donc que ces nominations relèvent d'un pouvoir discrétionnaire quasi maximal, nonobstant les possibles contrôles du juge, à l'inverse des nominations assimilables à des actes de gouvernement, qui se trouvent au sommet de notre échelle de discrétion.

### *B) La nomination-acte de gouvernement et ses limites*

Selon notre système, moins il y a de contraintes juridiques qui pèsent sur un acte (qu'il s'agisse des règles de fond et de forme ou qu'il s'agisse des contrôles), plus le pouvoir dont il relève est discrétionnaire : l'article 19 de la Constitution, en délimitant les pouvoirs propres du président de la République dans l'exercice desquels il produit des actes dispensés de contreseing, circonscrit, entre autres, certains actes de gouvernement, actes politiques insusceptibles de recours et jouissant d'une immunité juridictionnelle<sup>217</sup>. Or, dans la liste énumérée à l'article 19 de la Constitution figurent deux dispositions relatives au pouvoir de nomination du président de la République : l'article 8 pour la nomination du Premier ministre et des ministres, ainsi que l'article 56 pour la nomination de trois membres au Conseil constitutionnel.

---

213 SCHRAMECK O., « Influences politiques et garanties juridiques », art. cité, p. 429.

214 BIGAUT C., « Contrats de cabinet », *LPA*, 2008, n° 152, p. 8.

215 Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 *relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État*, *JO* du 19 janvier 1986, p. 953.

216 BIGAUT C., « Contrats de cabinet », *LPA*, 2008, n° 152, p. 8.

217 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 1152, *op. cit.*, t. I, p. 948.

Pour le Premier ministre, sauf certaines contraintes politiques liées à la cohabitation, « le choix du chef de l'État est entièrement libre » et l'absence de contreseing permet de « souligner [cette] liberté d'action du président de la République »<sup>218</sup>. Quoique les ministres doivent être nommés sur la proposition du Premier d'entre eux, la doctrine s'accorde à dire que cette règle est purement formelle et que le chef de l'État est « libre d'y donner une suite favorable ou non<sup>219</sup> », et ce même en cas de cohabitation. Il en va de même pour leur révocation : contre la règle constitutionnelle, le président « s'est octroyé un véritable pouvoir de révocation<sup>220</sup> ». Or, ces actes de nomination et de révocation des membres du gouvernement, actes « qui intéressent les rapports d'ordre constitutionnel entre le président de la République et le gouvernement<sup>221</sup> », seraient pour la majorité des auteurs des actes de gouvernement<sup>222</sup>. On ne pourrait donc ni contester leur légalité externe ni leur légalité interne<sup>223</sup>.

Il en va de même pour les actes de nomination des membres du Conseil constitutionnel, à une réserve près que la révision constitutionnelle de 2008 soumettant ces nominations à la procédure de l'article 13 de la Constitution encadrerait ce pouvoir de nomination. En la matière, c'est le fameux arrêt *M<sup>me</sup> Ba* de 1999 qui fixe la règle suivante : « La décision du 21 février 1998 du président de la République nommant M. Mazeaud comme membre du Conseil constitutionnel doit être rejetée comme portée devant une juridiction incompétente<sup>224</sup>. » La marge de manœuvre du président de la République est ici la plus vaste possible, au point que l'on peut s'interroger sur l'effectivité du nouveau contrôle, mis en place par la révision de 2008, que sont censées effectuer les commissions parlementaires. Celles-ci sont bien les coauteurs de l'acte de nomination, comme nous avons pu le préciser. Dès lors, le Conseil d'État accepterait-il de contrôler la légalité d'un tel acte chimérique ayant le fond d'un acte de gouvernement et la forme d'un acte administratif ? Si le Conseil d'État abandonne la jurisprudence *M<sup>me</sup> Ba*<sup>225</sup>, il renverse sa conception de l'acte de gouvernement fondée sur une prise en compte de la matière dans laquelle sont pris ces actes. S'il confirme sa jurisprudence *M<sup>me</sup> Ba*, l'avis conforme de la commission parlementaire n'aurait qu'une portée politique, mais aucune efficacité juridique.

---

218 MASSOT J., *Le Chef du gouvernement*, La Documentation française, 1979, p. 65.

219 SERRAND P., *L'Acte de gouvernement*, thèse de l'université Paris II, 1996, p. 173.

220 *Ibid.*, p. 174.

221 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 1154, *op. cit.*, t. I, p. 952.

222 Si Francis de Baecque qualifie ces actes d'actes administratifs, MM. Chapus, Favoreu, Weil plaident quant à eux pour une qualification d'actes de gouvernement. Sur ce débat, cf. SERRAND P., *L'Acte de gouvernement*, *op. cit.*, p. 176-177. Cf. CE, 29 décembre 1999, *Lemaire* : l'acte par lequel le chef de l'État modifie la composition du gouvernement sur proposition du Premier ministre est un acte insusceptible de recours.

223 CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 1152, *op. cit.*, t. I, p. 948.

224 CE, Ass., 9 avril 1999, *M<sup>me</sup> Ba*, *Rec.* p. 154. ; concl. Salat-Baroux, *RFDA*, 1999, p. 566.

225 Comme certains le pensent : cf. SPONCHIADO L., « Du droit de regard au droit de veto... », art. cité, p. 1019.

Enfin, il faudrait évoquer aussi ce qu'on pourrait appeler des « actes de gouvernement de fait » auxquels seraient assimilables certains actes de nomination aux emplois à la décision du gouvernement : comme « 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 »<sup>226</sup>, de nombreuses nominations ne font l'objet d'aucun recours, ce qui permet de catégoriser le pouvoir qui les édicte comme pouvoir purement discrétionnaire de fait.

---

226 PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 668.



## **Conclusion de la première partie**

Au terme de cette première partie, nous voyons donc que le pouvoir de nomination conféré par la Constitution à l'Exécutif bicéphale de la V<sup>e</sup> République est un pouvoir à géométrie variable, pouvoir qui recouvre plusieurs compétences selon l'auteur de la nomination, l'emploi considéré, les propositions éventuelles, les avis et autres contrôles auxquels cette nomination est soumise. Ces cinq variables permettent de définir l'équation de la nomination : plus elles enserrent l'acte de nomination dans des carcans juridiques, plus le pouvoir de nomination se rapproche d'un pouvoir formel, et devient *un pouvoir d'entérinement* ; plus elles sont lâches, plus l'autorité investie du pouvoir de nomination jouit d'un pouvoir discrétionnaire, autrement dit d'*un pouvoir pur de nomination*. Entre les deux, entre pouvoir d'entérinement et pouvoir pur de nomination, une faculté de choix, non indépendante d'une autorité formelle de nomination, est exercée par une autorité substantielle de nomination grâce à un *pouvoir de désignation* ou de suggestion.

Quelque fastidieuse qu'ait pu être cette analyse, elle était un préalable nécessaire pour comprendre théoriquement ce qu'est *le* pouvoir de nomination : on ne nomme pas un préfet comme on nomme un conseiller d'État, un professeur d'université, un ministre, un directeur de cabinet, un président d'une entreprise publique ou un magistrat. Nous mesurons ainsi l'ampleur tant des pouvoirs de nomination que des nominations elles-mêmes : ce que nous avons mis au jour, ce sont les outils qu'utilise l'Exécutif, mais nous n'avons pas encore montré *comment* il les utilise ni *pour quoi* il les utilise.

Il s'agit maintenant de confronter cette théorie à la pratique même du pouvoir de nomination, c'est-à-dire à sa répartition au sein de l'Exécutif et à son exercice réel, politique, qui diverge fortement de son exercice juridique (Partie II). Cette analyse pratique seule nous permettra alors de comprendre les finalités de ce pouvoir – ses fonctions (Partie III).

## **Partie II. La clé de répartition des compétences de nomination : le pouvoir d'évocation du président**

« Le pouvoir ministériel est si réellement le seul ressort de l'exécution dans une Constitution libre, que le monarque ne propose rien que par l'intermédiaire de ses ministres : il n'ordonne rien que leur signature n'offre à la nation la garantie de leur responsabilité. »

« Quand il est question de nominations, le monarque décide seul ; c'est son droit incontestable. »

Benjamin CONSTANT, *Principes de politique*, II

A L'ENVISAGER SOUS L'ANGLE DE SA PRATIQUE, le pouvoir de nomination de l'Exécutif pose de nombreux problèmes liés à la répartition en son sein des différentes compétences de nomination. Face à l'alternative, somme toute assez simple, entre le modèle de la III<sup>e</sup> République (compétence de principe du président de la République) et le modèle de la IV<sup>e</sup> République (compétence d'attribution du président de la République), le constituant de 1958 a choisi de ne pas faire de choix : les articles 13 et 21 de la Constitution n'organisent pas clairement un partage de compétences<sup>227</sup>.

Si la doctrine a pu affirmer que la compétence de principe revenait au président de la République, lequel nommerait à tous les emplois civils et militaires de l'État, l'ordonnance organique du 28 novembre 1958<sup>228</sup> permet une déconcentration nécessaire au profit des ministres ou d'autres autorités subordonnées, qui assurent, quantitativement parlant, le gros des nominations (Chapitre 1).

En revanche, si l'on considère l'exercice du pouvoir de nomination de l'Exécutif d'un point de vue politique, il semblerait que la dyarchie, par son autorité, s'arroge, grâce au pouvoir substantiel de désignation, un pouvoir de nomination qui juridiquement lui échappe

---

227 PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 658.

228 Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État, JO du 29 novembre 1958, p. 10687, rectificatif du 9 décembre 1958.

pourtant. Ce phénomène de captation de compétences est particulièrement prégnant pour le président de la République (Chapitre 2).

En réalité, la clé de répartition des compétences au sein de l'Exécutif ne peut se comprendre qu'en faisant appel à un autre concept, un autre pouvoir : le pouvoir d'évocation. Par ce pouvoir, le président de la République fait remonter jusqu'à l'Élysée les nominations qui lui semblent importantes ; par l'évocation, puis la suggestion, le président de la République réduit le pouvoir de l'autorité de nomination à un simple pouvoir formel d'entérinement de son choix.

## **Chapitre 1 : La déconcentration juridique du pouvoir de nomination au sein de l'Exécutif**

Si une certaine interprétation de la Constitution permet d'affirmer que le pouvoir de nomination de droit commun revient au président de la République<sup>229</sup>, il serait plus prudent d'avancer, à la lecture de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958, que les nominations qualitativement supérieures sont la prérogative du président de la République (Section 1) tandis que l'ensemble quantitativement important des autres nominations est le fait de la prérogative gouvernementale<sup>230</sup> (Section 2).

### ***Section 1 : La prérogative présidentielle : des nominations de qualité***

Vaste, la prérogative présidentielle en matière de nomination se peut saisir par deux aspects saillants : les nominations de l'article 13 de la Constitution et ses retombées organiques (1.1.1), ainsi que les nominations au secrétariat général de l'Élysée (1.1.2). Ces deux aspects permettent de définir la prérogative présidentielle comme la compétence de principe pour les nominations aux postes clés.

---

229 Cette lecture insiste sur le fait que la compétence du Premier ministre s'exerce « sous réserve des dispositions de l'article 13 » (art. 21, Constitution).

230 « L'esprit de ce partage est très gaullien, note le Pr Petit : au président de la République, toute la fonction publique largement entendue ; aux autres le reste » (PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 658).

## **I. L'article 13 de la Constitution et l'Ordonnance organique**

Les alinéas 2 et 3 de l'article 13 de la Constitution octroient au président de la République une compétence de nomination des plus étendues (A), mais l'exercice de cette compétence fait apparaître un choix effectif assez restreint, choix limité aux emplois et fonctions jugés importants (B).

### *A) Une compétence des plus étendues*

L'article 13 de la Constitution dispose laconiquement que le président de la République « nomme aux emplois civils et militaires de l'État », avant d'ajouter, alinéa 3, une règle de procédure<sup>231</sup> (la nomination doit être prise en Conseil des ministres) pour une liste d'emplois où sont mêlés des emplois à la décision du gouvernement (préfets, recteurs, directeurs des administrations centrales) et des emplois de la haute fonction publique (conseillers d'État, conseillers maîtres à la Cour des comptes). L'ordonnance organique du 28 novembre 1958 complète cette liste par son article premier en y ajoutant notamment d'autres emplois à la décision du gouvernement (les directions des établissements publics et des entreprises publiques dont la liste est fixée par le décret modifié du 29 avril 1959) et d'autres emplois de la haute fonction publique (les procureurs généraux près la Cour de cassation, la Cour des comptes, et les cours d'appel). L'article 2 de l'ordonnance dispose quant à lui les emplois qui sont pourvus par décret simple, entérinant la plupart du temps la décision d'un jury de concours (les membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes, les magistrats de l'ordre judiciaire, les professeurs de l'enseignement supérieur, des officiers et les membres dont la voie normale de recrutement est l'ENA). Des dispositions législatives complètent également ces deux catégories de nomination<sup>232</sup>. Cette large prérogative fait l'objet d'une protection réitérée de la part du Conseil constitutionnel<sup>233</sup>. Au total, ce sont quelques 1 000 emplois pourvus par décret en Conseil des ministres et 70 000 emplois pourvus par décret simple<sup>234</sup>, recouvrant entre autres la nomination de 284 autorités<sup>235</sup> et représentant en moyenne 1 400 décrets par an<sup>236</sup> (simples ou en Conseil des ministres).

À considérer ces emplois, deux motivations, pouvant se combiner, expliquent qu'il y soit pourvu par le président de la République : un motif honorifique et un motif politique. Il

---

231 OLSON T., « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », art. cité, p. 1899.

232 Quand les textes prescrivent une nomination par décret, il s'agit de décret simple, cf. MASSOT J., *Alternance et cohabitation sous la V<sup>e</sup> République*, La Documentation française, 1997, p. 121.

233 Cf., par exemple, CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, n° 86-217 DC, cons. 85.

234 Ces chiffres sont ceux de Jean Massot (MASSOT J., *La Présidence de la République*, *op. cit.*, p. 150) et n'ont guère été actualisés depuis.

235 GELARD P., *Rapport n° 141 fait sur le projet de loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, 8 décembre 2009, p. 9. Cf., également, la liste produite par le SGG et annexée au rapport p. 39.

236 Ce chiffre repose sur un calcul réalisé à partir des données de Légifrance entre 2002 et 2012.

faut tout d'abord souligner qu'être nommé par le président de la République est compris comme un symbole : les débats à la commission constitutionnelle du Conseil d'État en 1958 le prouvent, qui évoquent, par exemple, « le droit, pour les officiers, d'être nommés par le président de la République », droit qui revêt « une certaine importance morale »<sup>237</sup>. L'idée est que, « lorsque l'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 ». En ce sens, la nomination par le président de la République est honorifique, car elle permet de répondre à l'intérêt que les jeunes fonctionnaires « attachent à recevoir une mission de celui qui incarne la continuité nationale<sup>238</sup> ». Jacques Leprette rend bien compte de cette importance symbolique de la nomination par le président lorsqu'il affirme, après être passé par le bureau du général de Gaulle : « Quand on arrive, on n'est qu'un fonctionnaire pressenti. Quand on repart, on est *adoubé*<sup>239</sup>. »

Le motif politique peut se comprendre comme la volonté de laisser au président de la République une assez large discrétion pour la très haute fonction publique : l'idée n'est pas nouvelle<sup>240</sup> mais s'accroît en 1958, car « l'état d'esprit des rédacteurs du projet [était] d'augmenter la liste des hauts emplois auxquels nommer[ait] le président de la République<sup>241</sup> », ce qui allait dans le sens de l'économie globale de la Constitution (une présidentialisation du régime). Néanmoins, le constituant de 1958 cherchait un équilibre entre la souplesse des nominations et leur contrôle : ne pas contraindre le Conseil des ministres à nommer les facteurs ruraux, mais « régler le problème des très hauts fonctionnaires<sup>242</sup> » par un contre-pouvoir. Ce motif politique redouble en bien des cas le motif honorifique, car les nominations en Conseil des ministres sont parfois perçues comme plus prestigieuses encore<sup>243</sup>.

Nous voyons donc que les textes accordent une compétence générale au président de la République, mais l'ampleur de la nomination conduit nécessairement ce dernier à faire des choix et à se limiter à des domaines particuliers.

---

237 R. Cassin, commission constitutionnelle du Conseil d'État, 25 août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, op. cit., t. III, p. 72.

238 R. Janot, commission constitutionnelle du Conseil d'État, 25 août 1958 *ibid.*, t. III, p. 72.

239 Propos prêtés à Jacques Leprette, par PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, op. cit., t. I, p. 84. (Nous soulignons.)

240 « Cette idée que les fonctions dites politiques doivent être abandonnées à la discrétion absolue du pouvoir exécutif », DELEST A., *De la nomination et de la révocation des fonctionnaires publics*, op. cit., p. 100.

241 R. Cassin, le 27 août 1958 à l'assemblée générale du Conseil d'État, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, op. cit., t. III, p. 321.

242 M. Gilbert-Jules, comité consultatif constitutionnel, 8 août 1958, *ibid.*, t. II, p. 331.

243 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 203 ; DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 400.

## *B) Un choix effectif restreint à certains domaines*

Si le chef de l'État ne nomme qu'aux emplois concernés au quatrième alinéa de l'article 13 de la Constitution et aux articles 1 et 2 de l'ordonnance organique, son choix n'est lui-même effectif que dans certains domaines uniquement.

En effet, la règle applicable à la prérogative présidentielle est simple : *de minimis non curat praetor*. Si l'on peut isoler des invariants en la matière, il faut souligner que chaque président a eu sa propre politique de nomination. La défense nationale et la politique extérieure, les deux domaines par excellence de la fonction présidentielle, sont au nombre de ces invariants<sup>244</sup> : tous les présidents ont en règle générale prêté attention tant au choix des hautes fonctions militaires, notamment la nomination du chef de l'état-major des armées<sup>245</sup>, que des ambassadeurs.

Si le général de Gaulle faisait largement confiance à ses ministres tout en conservant un droit de regard sur les nominations, il intervenait néanmoins dans quatre domaines principaux : dans le secteur diplomatique (Étienne Burin des Rozières et Geoffroy Chodron de Courcel, deux de ses secrétaires généraux de l'Élysée ont été nommés par la suite ambassadeurs respectivement à Rome et à Londres, deux ambassades prestigieuses<sup>246</sup>), dans les nominations des grands corps (Jacques Narbonne, conseiller technique à l'Élysée, est nommé conseiller d'État au tour extérieur en 1967), dans le secteur militaire (le général Fourquet, compagnon de la Libération, devient successivement chef de l'état-major particulier en 1959, secrétaire général de la Défense nationale en 1962 et chef d'état-major des armées en 1968)<sup>247</sup>, dans le secteur nationalisé enfin (Georges Galichon, un temps directeur de cabinet du général, est nommé à la présidence d'Air France en 1967). Sur ce dernier point, il est important de noter le vaste mouvement de prise de contrôle du général de Gaulle sur les nominations des dirigeants et administrateurs des « établissements publics et semi-publics » : dès 1961, à l'Élysée, Philippe Malet est chargé de recueillir auprès des différents ministères de tutelle toutes les procédures de nomination de ces personnels<sup>248</sup>, afin de préparer un décret grâce auquel les administrateurs jusqu'alors nommés par arrêté ou décision seront désormais nommés par décret<sup>249</sup> et compléter ainsi, indirectement, le décret du 29 avril 1959<sup>250</sup>.

---

244 PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 663.

245 MASSOT J., *Le Chef de l'État, chef des armées*, op. cit., p. 70.

246 Les deux avaient déjà occupé des fonctions diplomatiques, mais l'intervention ici réside bien sûr dans le choix des ambassades.

247 Pour une liste détaillée, riche d'exemples, cf. THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 177.

248 Note de Philippe Malet aux différents ministères de tutelle, 12 décembre 1961, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

249 Note de Jean Maheu à M. Lévêque, 27 mars 1962, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

250 Cf. décret n° 62-358 du 30 mars 1962 *relatif aux conditions de nomination des administrateurs des établissements publics de caractère industriel et commercial, des entreprises nationalisées et des sociétés d'économie mixte*.

Si Pompidou conserve ces mêmes domaines (il interviendra ainsi dans la nomination de Marceau Long à la tête de l'ORTF en 1973), il laisse plus volontiers certaines nominations à la discrétion de son Premier ministre, Jacques Chaban-Delmas<sup>251</sup>. La doctrine s'accorde à dire, en revanche, qu'une rupture intervient avec la présidence de Valéry Giscard d'Estaing<sup>252</sup> : le champ des nominations dont a cure le chef de l'État s'élargit et la marque présidentielle se fait de plus en plus prégnante. C'est le domaine économique qui est le plus touché : le président veut voir à la tête des grandes entreprises nationalisées « davantage d'hommes ayant un tempérament d'ingénieurs<sup>253</sup> » et y nomme une grande partie de ses collaborateurs (Claude Pierre-Brossolette quitte le secrétariat général de l'Élysée pour présider le Crédit lyonnais en 1976 et Jacques Calvet, directeur de cabinet, devient président de la BNP en 1979<sup>254</sup>). Même lorsque son pouvoir de nomination est encadré par une autorité de désignation, Valéry Giscard d'Estaing souhaite « que plusieurs propositions lui [soient] présentées pour un même poste », et afin « de pouvoir exercer plus fréquemment [...] son pouvoir de nomination, il avait limité la durée des mandats, notamment dans les entreprises publiques »<sup>255</sup>. Cette extension du champ des nominations qui intéressent le chef de l'État s'est confirmée sous les présidences de François Mitterrand, lequel, au dire de ses biographes, usait « pleinement de [cet] attribut essentiel du pouvoir présidentiel, celui de nommer<sup>256</sup> », au point de faire « un jour un esclandre, en apprenant, à son retour d'un voyage à l'étranger, que le directeur de l'orchestre de Radio France [avait] été nommé sans qu'il ait été consulté<sup>257</sup> » : après le domaine économique, c'est le domaine culturel qui rejoint à son tour le noyau dur des domaines d'intervention du président de la République en matière de nomination. Cette présidentialisation de la compétence s'accroît également sous Jacques Chirac, mais il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples.

Plus intéressantes, en revanche, sont les deux dernières présidences Sarkozy et Hollande. Si la première témoigne d'une présidentialisation assumée, la seconde, quoique trop récente pour être d'ores et déjà analysée, ne semble pourtant pas rompre avec ce phénomène visible au temps long. Si Nicolas Sarkozy est effectivement intervenu dans les domaines classiques de la diplomatie (le prouve la nomination controversée de l'ambassadeur Boris Boillon à Tunis en 2011) et de la défense (alors que les prédictions se portaient sur le général de Villiers à la tête de l'état-major particulier, la nomination du général Puga en 2010 relèverait personnellement du chef de l'État<sup>258</sup>), il a radicalisé l'œuvre de ses prédécesseurs en présidentialisant les nominations dans le domaine de la culture (avec la nomination de

---

251 La nomination (en 1969) et la révocation (en 1972) de Pierre Desgraupes à la direction de l'information de l'ORTF marque ainsi l'étendue et les limites de cette discrétion laissée au Premier ministre, cf. DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 412.

252 CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires*, Fayard, 1991, p. 270.

253 *Ibid.*, t. II, p. 413.

254 cf. THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 180.

255 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 458.

256 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, op. cit., t. I, p. 518.

257 *Ibid.*, t. I, p. 525.

258 MASSOT J., *Le Chef de l'État, chef des armées*, op. cit., p. 70.

Catherine Pégard à la direction du château de Versailles), de l'économie (avec la nomination de François Pérol à la BPCE) ou encore de la justice (comme tendrait à le montrer la controverse autour de Jean-Claude Marin nommé procureur général près la Cour de cassation en 2011<sup>259</sup>). Or, François Hollande semble, en tout point, reprendre la même politique de présidentialisation, comme en témoignent les premières nominations du quinquennat<sup>260</sup> (ne citons que pour exemple celle d'Olivier Schrameck à la présidence du CSA ou celle de Jack Lang à l'Institut du monde arabe, qui résulte de l'exercice du pouvoir de désignation du chef de l'État).

Or, comme le note Jacques Petit, la large prérogative présidentielle instituée par la V<sup>e</sup> République ne s'expliquait que par le rôle d'arbitrage conféré à son détenteur, rôle qui devait « garantir la neutralité<sup>261</sup> » des nominations. Mais, ce qui est incontestable, c'est que la présidentialisation toujours plus grande du régime a eu pour conséquence une certaine politisation des nominations<sup>262</sup>. Encore faudrait-il souligner que ce lien de cause à conséquence (entre présidentialisation et politisation) doit être complété par une autre cause, une cause première qui est la politisation, en amont, des candidats à la présidence de la République : c'est parce qu'ils sortent de plus en plus des partis dans lesquels ils sont ancrés que les présidents de la République présidentialisent les nominations, donc les politisent (politisation-présidentialisation-politisation).

## **II. Les services de la présidence de la République**

À ces domaines de prédilection des présidents de la République s'ajoutent d'autres nominations qui relèvent tout autant d'un choix personnel et qui sont prises, nous l'avons vu, dans l'exercice d'un pouvoir pur de nomination, d'un pouvoir discrétionnaire : ce sont les membres du secrétariat général de l'Élysée nommés par arrêté présidentiel (A) et qui ont pourtant un rôle des plus cruciaux (B).

### *A) L'arrêté présidentiel : un acte non constitutionnalisé*

L'article 19 de la Constitution prévoit qu'un certain nombre d'actes pris par le président de la République échappe à la règle du contreseing, mais dans la liste de ces actes ne figure pas l'arrêté présidentiel par lequel le président de la République, en totale discrétion et sans contreseing, nomme ses proches collaborateurs. Si cet acte n'est pas constitutionnalisé, il n'est pas non plus encadré par une loi, ni réglementé. Sans pour autant affirmer qu'il s'agit d'un acte insusceptible de recours, le Conseil d'État a jugé que l'absence de contreseing du

---

259 Cf. « Y-a-t-il un "État UMP" ? Cinq ans de nominations controversées », *Libération*, 2 mars 2012.

260 Cf. « Nominations : la gauche récuse l'instauration d'un "État PS" », *Le Monde*, 2 février 2013.

261 PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 671.

262 *Ibid.*, p. 672.



Premier ministre n'entache pas d'illégalité l'arrêté présidentiel et que le fonctionnaire qui serait nommé à la présidence de la République ne serait pas en position de détachement, mais simplement « prêté<sup>263</sup> » par son administration d'origine<sup>264</sup>.

Il s'agit donc d'une pratique constitutionnelle, mais d'une pratique somme toute récente puisque, sous la III<sup>e</sup> République, les collaborateurs d'Albert Lebrun étaient encore nommés par décret contresigné par le président du Conseil. C'est avec la IV<sup>e</sup> République qu'ont commencé à apparaître les nominations dispensées de contresign pour les membres du secrétariat général de l'Élysée et pour ceux des maisons civile et militaire<sup>265</sup>.

Au regard de la composition des différents secrétariats généraux sous la V<sup>e</sup> République, trois critères semblent être pris en compte pour le choix des proches collaborateurs : les membres sont habituellement des *familiers*, ayant « déjà entouré le Président dans le passé<sup>266</sup> », ce sont également des *fidèles* qui ont eu l'occasion de le prouver et qui sont ici récompensés<sup>267</sup>, mais surtout des *compétents*, car chaque conseiller « doit avoir la capacité de “couvrir” un secteur ministériel<sup>268</sup> ».

Dans le cas du général de Gaulle, nous avons affaire à « une allégeance toute particulière dans laquelle se mêlent le souvenir de la France libre, celui des heurs difficiles du RPF, le respect de la foi jurée à un homme qui est pour eux le symbole et l'incarnation de la France<sup>269</sup> ». Et de fait, Courcel (secrétaire général), Burin des Rozières (secrétaire général), Lefranc (conseiller technique) et Foccart (secrétaire général pour les Affaires africaines et malgaches) ont connu le général sous la Résistance<sup>270</sup>. Pompidou conserve, pour l'essentiel, les membres de son cabinet de Premier ministre, tandis que François Mitterrand choisit également, en plus des fidèles, des collaborateurs du Parti socialiste<sup>271</sup>. Quant à Jacques Chirac, il confesse lui même qu'une « majorité de têtes nouvelles [étaient] associées à

---

263 RIALS S., *La Présidence de la République*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1981, 2<sup>e</sup> éd., p. 105. Cf., également, THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 210.

264 CE, 5 mai 1976, *Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées*, n° 96308, Rec. p. 228.

265 MASSOT J., *Le Chef du gouvernement*, op. cit., p. 119.

266 « En 1959, plus de la moitié des membres de l'entourage de de Gaulle ont déjà travaillé auprès de lui », COHEN S., *Les Conseillers du Président*, PUF, 1980, p. 47.

267 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 428. Jacques Attali note au sujet de François Mitterrand qu'il « exigeait de ceux de ses collaborateurs qui n'étaient pas de sa tribu qu'ils fussent de celle de l'un de ses fidèles » (ATTALI J., *C'était François Mitterrand*, Fayard, 2005, p. 72).

268 RIALS S., *La Présidence de la République*, op. cit., p. 106.

269 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 428.

270 En dehors même du cercle des conseillers, l'engagement dans la Résistance est apprécié par le général. Ainsi Pierre Dussert ne manque pas de souligner, dans sa lettre-CV du 28 janvier 1964 par laquelle il candidate à la présidence d'un conseil d'administration d'un bassin houiller, qu'il est « ancien déporté de la Résistance », *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

271 RIALS S., *La Présidence de la République*, op. cit., p. 105.

quelques “anciens” de l’Hôtel de Ville », comme Jean-Pierre Denis, secrétaire général adjoint qui avait été chargé « des dossiers économiques de la capitale <sup>272</sup> ».

Or, le rôle joué par le secrétariat général de l’Élysée est extrêmement important dans la direction de la politique gouvernementale : ces nominations, entièrement discrétionnaires, sont donc cruciales.

### *B) Le rôle essentiel des conseillers nommés*

Comme son homologue gouvernemental, le secrétariat général de la Présidence n’a pas fait l’objet d’études approfondies, faute de sources suffisamment abondantes. Il serait possible de le définir comme un organe politico-administratif composé, outre des maisons civile et militaire, du secrétaire général de l’Élysée, du directeur de cabinet, d’un chef de cabinet, de leurs adjoints, d’un conseiller spécial et des conseillers techniques ou des chargés de mission dont la fonction globale serait « d’assurer le lien avec l’“État”, c’est-à-dire avec le gouvernement et ses différents départements ministériels <sup>273</sup> ».

Le rôle de ces collaborateurs peut être appréhendé sous deux angles : une mission d’information et une mission d’administration. En effet, ces conseillers doivent être en contact permanent avec les différents ministères (ce qui implique, entre autres, d’assister aux conseils interministériels) afin d’« informer quotidiennement le président de la République <sup>274</sup> ». À en croire le général de Gaulle, le secrétaire général doit être « au centre et au courant de tout <sup>275</sup> ». Mais cette mission d’information se double d’une mission d’administration, si l’on veut bien entendre par administration, non pas la gestion directe des dossiers, mais la faculté de « répercuter sur les membres du gouvernement les instructions du président de la République <sup>276</sup> ». Ainsi, après que Pierre Lefranc l’eut averti des dangers d’un statut trop souple pour la RTF, Alain Peyrefitte note : « J’ai trop souvent entendu le Général lui-même sur ce thème, pour ne pas être sûr que Pierre Lefranc traduit très exactement la pensée présidentielle <sup>277</sup> ». Les interventions récentes d’Henri Guaino et de Claude Guéant <sup>278</sup> viennent confirmer qu’« il ne s’agit pas d’une prérogative neutre politiquement <sup>279</sup> » et comme nous le verrons <sup>280</sup>, les conseillers du secrétariat général de la Présidence ont eux-mêmes un rôle important dans le processus décisionnel des autres nominations.

---

272 CHIRAC J., *Le Temps présidentiel*, NiL, 2011, p. 33.

273 COHEN S., *Les Conseillers du Président*, op. cit., p. 25.

274 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 429.

275 Cité par COHEN S., *Les Conseillers du Président*, op. cit., p. 62.

276 *Ibid.*, p. 65.

277 PEYREFITTE A., *C’était de Gaulle*, op. cit., t. I, p. 493.

278 Alors même qu’une note interne interdisait aux autres conseillers de s’exprimer publiquement, cf. CCF n° 125.

279 MASSOT J., *Le Chef du gouvernement*, op. cit., p. 119.

280 Cf. II.2.2.1.2.

Mais s'il s'agit d'« exercer une réelle influence sur l'administration française<sup>281</sup> », il ne faudrait pas non plus surestimer leur rôle, ainsi qu'a pu le faire Pierre Vianson-Ponté en parlant d'un super-exécutif<sup>282</sup>. Le fantasme qui consiste à voir chez les conseillers techniques une autorité plus importante que le ministre<sup>283</sup> ne semble pas crédible : Jacques Foccart et Pierre Juillet (qu'on surnommait le « Kissinger discret ») ont sans doute pu avoir un fort rôle décisionnel, mais le phénomène reste anecdotique<sup>284</sup>.

La position modérée de Stéphane Rials reflète sans doute la réalité de leur pouvoir et l'importance effective que représente leur nomination : ni *brain-trust* ni super-exécutif<sup>285</sup>, le secrétariat de la Présidence forme plutôt un angle du triangle décisionnel, triangle qui associe l'entourage du Président, le cabinet de Matignon et les membres des cabinets ministériels, mais triangle qui « tend à devenir un carré du fait de l'irruption du parti dans le jeu décisionnel<sup>286</sup> ».

Nous voyons donc que ces nominations discrétionnaires concernent un personnel pourtant influent dans la vie politique et administrative de la Nation. Cette dernière analyse montre bien que la prérogative présidentielle est la compétence de droit commun pour les nominations aux emplois et fonctions supérieurs, tant politiques qu'administratifs.

## ***Section 2 : La prérogative gouvernementale : des nominations en quantité***

Si le président de la République possède une compétence de principe pour les nominations supérieures, le quatrième alinéa de l'article 13 de la Constitution ainsi que les articles 3 et 4 de l'ordonnance organique prévoient des délégations et des déconcentrations du pouvoir général de nomination (I). Or, si les délégations sont rares, les déconcentrations sont si nombreuses que, du point de vue de la quantité des nominations, il est possible d'affirmer que les ministres, plus encore que le Premier ministre, sont les véritables titulaires d'une compétence de droit commun (II).

---

281 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 429.

282 Cf. VIANSSON-PONTE P., *Les Politiques*, Calmann-Lévy, 1966.

283 COHEN S., *Les Conseillers du président*, PUF, 1980, p. 61.

284 Au sujet de Jacques Foccart, Samy Cohen écrit ainsi que « par la multiplicité des secteurs qu'il couvre, par le record de longévité qu'il détient à l'Élysée, par la toute-puissance qu'il exerce sur l'appareil destiné à mettre en œuvre la politique africaine de la France, [il] constitue plus qu'une exception, une "anomalie" » (*ibid.*, p. 147).

285 RIALS S., *La Présidence de la République*, op. cit., p. 109.

286 *Ibid.*, p. 108. Cf., également, GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 423.

## **I. Le pouvoir de nomination : entre délégation et déconcentration**

Deux moyens juridiques permettent de confier à d'autres autorités un pouvoir de nomination normalement échu au président de la République : la délégation et la déconcentration. Si le constituant de 1958 a rapidement éprouvé l'impossibilité de déléguer le pouvoir de nomination (A), le législateur organique ainsi que le Conseil d'État ont montré, quant à eux, la nécessité de recourir au régime de la déconcentration (B).

### *A) L'impossibilité juridique et pratique de la délégation*

L'idée toute théorique du constituant de 1958 était d'organiser un système complexe qui eût permis d'agréger aux pouvoirs du président de la République l'intégralité des nominations aux emplois civils et militaires de l'État, tout en évitant de quelque manière que ce fût de trop encombrer le chef de l'État, autrement dit de « faire remonter jusqu'au président l'effet moral de la nomination, sans créer un pouvoir de nomination pour une autorité qui n'est pas le président <sup>287</sup> ».

Ainsi, afin d'éviter au chef de l'État de « signer lui-même toutes les nominations », un amendement de François Valentin est intervenu le 8 août 1958 au comité consultatif constitutionnel : le président de la République « peut déléguer ce droit [de nomination] au Premier ministre, dans les conditions fixées par la loi <sup>288</sup> ». Mais, lors du passage du texte au Conseil d'État, à la fin août 1958, les juristes se sont alarmés de voir que le constituant avait prévu une telle délégation qui n'avait pour effet, selon eux, que de reporter le problème de l'encombrement sur le Premier ministre. En effet, le régime de la délégation impose qu'il ne puisse y avoir de sous-délégation possible <sup>289</sup> : si le Président décide de déléguer son pouvoir de nomination au Premier ministre, ce dernier ne pourra pas de nouveau le déléguer à ses ministres. Si une telle délégation était prévue, le Premier ministre « risquerait lui-même d'être accablé par le nombre de nominations qu'il aurait à faire, faute de pouvoir subdéléguer ce qu'il aurait reçu du Président <sup>290</sup> ».

Le dilemme se complexifiait donc : il fallait que l'autorité morale de la nomination reposât sur le président de la République et qu'il pût tout de même déléguer son pouvoir de

---

287 Latournerie, commission constitutionnelle du Conseil d'État, 25 et 26 août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, *op. cit.*, t. III, p. 74.

288 Amendement de François Valentin, comité consultatif constitutionnel, 8 août 1958, *ibid.*, t. II, p. 325.

289 Seule une subdélégation de signature (c'est-à-dire une seconde délégation au profit d'une autorité nominativement désignée) est possible pour le titulaire d'une délégation de pouvoir : ce qui, en l'espèce, n'aurait été d'aucune utilité pour désencombrer le Premier ministre. Cf. CHAPUS R., *Droit administratif général*, § 1297, *op. cit.*, t. I, p. 1104.

290 M. Delvolvé, assemblée générale du Conseil d'État, 27 août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, *op. cit.*, t. III, p. 320.

nomination, sans pour autant que cette délégation encombrât une autorité en particulier. Le premier correctif consistait par conséquent à supprimer toute référence au Premier ministre « pour pouvoir peut-être autoriser par la loi des autorités moins élevées que [lui] à faire certaines nominations [comme] les nominations par arrêté ministériel, qui sont fréquentes pour les petits fonctionnaires<sup>291</sup> ». Le second correctif aurait été de proposer un régime alternatif à la délégation pour répartir les compétences de nomination au sein de l'Exécutif. Or, ce correctif n'a jamais été pris par le constituant de 1958, qui s'est contenté de laisser au législateur organique le soin de dénouer ce nœud gordien et c'est ce qui explique la formulation étonnante de l'article 13, alinéa 4, de la Constitution : « La loi organique détermine [...] les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République peut être *par lui délégué* pour être exercé *en son nom*. »

Pour autant, l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 ne fait qu'entériner cette délégation au profit du Premier ministre puisque son article 3 dispose que le pouvoir de nomination du président de la République peut lui être délégué par simple décret. Dans cet article, l'ordonnance organique n'apporte aucune précision et ne résout aucun problème, à la différence de son article 4 qui prévoit des déconcentrations du pouvoir de nomination.

### *B) La nécessaire déconcentration*

La déconcentration s'est révélée assez vite nécessaire puisque son régime seul permettait de réaliser une partie des objectifs du constituant (éviter l'encombrement du président de la République).

En effet, outre les inconvénients liés à l'interdiction de la subdélégation, la délégation continuait d'être juridiquement problématique, étant elle-même soumise à un régime strict. Ainsi, un décret du 11 février 1964 qui autorisait le ministre de l'Éducation nationale à déléguer ses pouvoirs de nomination aux recteurs d'académie a été annulé par le Conseil d'État au motif que le pouvoir de nomination est à ce point indissolublement lié au pouvoir disciplinaire que l'on ne peut déléguer l'un sans l'autre<sup>292</sup>, ce qui réduisait fortement les possibilités de délégation puisque celles-ci restaient « juridiquement illégales<sup>293</sup> ».

Si cette jurisprudence portait effectivement « un coup sérieux à la politique de déconcentration de la gestion administrative des personnels<sup>294</sup> », la doctrine a trouvé assez rapidement un autre fondement qui permettait aux ministres de posséder en propre certaines

---

291 R. Cassin, assemblée générale du Conseil d'État, 27 août 1958, *ibid.*, t. III, p. 320.

292 CE, 12 décembre 1969, *Sieur André et Syndicat national de l'éducation physique de l'enseignement public et autres*, n° 63431, *Rec.*

293 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, *op. cit.*, p. 188.

294 SILVERA V., « Réflexions sur les autorités investies du pouvoir de nomination des fonctionnaires », *RA*, 1970, p. 543.

compétences de nomination et de laisser les autres à leurs subordonnés : l'article 4 de l'ordonnance organique de 1958.

Cet article dispose en effet que, « par mesure de simplification ou de déconcentration administratives », le pouvoir de nomination peut être confié « aux ministres ou aux autorités subordonnées », ce qui permet en réalité de leur attribuer un large éventail de compétences de nomination : « 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 réviser la Constitution<sup>295</sup> », affirme ainsi Philippe Yolka.

Or, pour certains, le sens de cet article 4 de l'ordonnance organique est tout autre : il s'agissait simplement que les nouvelles dispositions constitutionnelles et organiques ne fissent pas « obstacle aux dispositions particulières, législatives ou réglementaires », pour reprendre les termes mêmes de l'article, héritées des anciennes Républiques. Sa formulation paraîtrait ainsi « ne faire référence qu'à la préservation de l'existant<sup>296</sup> » et l'article lui-même ne serait qu'une mesure assurant la concordance de l'ancien système et du nouveau mis en place par la Constitution de 1958. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'État a consacré une lecture constructive de l'article 4 en admettant que des dispositions statutaires postérieures à la Constitution puissent confier le pouvoir de nomination à des ministres ou autorités subordonnées sur le fondement de cet article 4 de l'ordonnance organique<sup>297</sup>. Cette lecture a été de nos jours largement confirmée.

## **II. La répartition des compétences au sein du gouvernement**

Ce sont donc les articles 3 et 4 de l'ordonnance organique qui répartissent les compétences de nomination au sein du gouvernement, respectivement par délégation et par déconcentration. Or, étant donné qu'aucun décret de délégation, ou presque, n'a été pris, les attributions du Premier ministre sont donc rares (A), à l'inverse de celles des ministres qui, si l'on s'en tient à la quantité des nominations, possèdent une vraie compétence de principe (B).

### *A) Les rares attributions du Premier ministre*

« Messieurs, un chef de gouvernement vient de recevoir, de l'article [20], 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. Voyons ! Vous savez l'importance du

---

295 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 732.

296 SCHRAMECK O., « Emplois régaliens et conditions de nomination », *Mélanges Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 173.

297 CE, 28 juin 1968, *Sieur Cassagnol et autres*, n° 68310.

pouvoir de nomination<sup>298</sup> », s'est exclamé René Cassin lors de l'examen du projet de loi constitutionnel au Conseil d'État le 27 août 1958. Malgré le beau paradoxe qu'il soulève, et que d'autres après lui ont pu décliner de diverses façons<sup>299</sup>, force est pourtant de reconnaître que c'est effectivement le cas, en droit du moins, car nous verrons par la suite (cf. 2.1.2) que le Premier ministre capte, en fait, une partie des compétences ministérielles.

En effet, étant donné qu'on a pris l'habitude « de lire la Constitution à la lumière de l'ordonnance organique<sup>300</sup> », le seul fondement du pouvoir de nomination du Premier ministre est l'article 3 de l'ordonnance. Pour nommer, le Premier ministre doit donc attendre que le président de la République lui délègue de bonne grâce et par décret cette compétence. Or, ces décrets de délégation sont extrêmement rares. Pour certains, ils n'ont même jamais existé<sup>301</sup>. Ce serait toutefois ignorer certains textes qui ont pu, au cas par cas, prévoir non explicitement une « délégation » de nomination mais confier celle-ci directement au Premier ministre. L'exemple récurrent de la doctrine<sup>302</sup> était un décret de 1970 *relatif aux IRA*, désormais abrogé, qui prévoyait la nomination des directeurs des IRA par décret du Premier ministre<sup>303</sup>. Mais d'autres depuis ont vu le jour ; ainsi, le Premier ministre nomme certains inspecteurs de l'administration de première classe au ministère de l'Intérieur<sup>304</sup>. Pourtant, ces compétences de nomination découlent-elles réellement de l'application de l'article 3 de l'ordonnance ? On pourrait en douter et affirmer, comme Christian Thérésine, qu'elles relèvent de l'article 4, le Premier ministre agissant alors en qualité de ministre<sup>305</sup>. En réalité, si le Premier ministre peut prendre des nominations sur le fondement de l'article 4 de l'ordonnance organique, celles-ci ne concernent que ses services propres et sont prises par voie d'arrêté. Les autres compétences de nomination (rarissimes) relèveraient donc de l'article 3 dans tous les cas, où le texte les prévoyant est un décret du président de la République (la délégation serait ainsi implicite).

Quoi qu'il en soit, les conclusions de Francis de Baecque s'imposent ici : « les nominations semblent être, sous la V<sup>e</sup> République, un secteur où le Premier ministre ne joue pas de rôle déterminant<sup>306</sup> », à l'inverse de ce qu'a pu affirmer Marie-Anne Cohendet qui

---

298 R. Cassin, assemblée générale du Conseil d'État, 27 août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, op. cit., t. III, p. 333.

299 « Il en résulte que le Premier ministre peut habiliter les ministres ou les autorités subordonnées à exercer un pouvoir de nomination sans exercer lui-même ce pouvoir, faute d'avoir reçu une délégation à cette fin du chef de l'État », CLAISSE A., *Le Premier Ministre de la V<sup>e</sup> République*, LGDJ, 1972, p. 206.

300 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 727.

301 LE POURHIET A.-M., « L'article 4 », art. cité, p. 17.

302 SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, op. cit., t. II, p. 79 ; SILVERA V., « Réflexions sur les autorités investies du pouvoir de nomination des fonctionnaires », *RA*, 1970, p. 544.

303 Art. 4, décret n° 70-401 du 13 mai 1970 *relatif aux IRA*, *JO* du 14 mai 1970, p. 4540.

304 Art. 6, décret n° 81-241 du 12 mars 1981 *portant statut de l'inspection générale de l'administration au ministère de l'intérieur*, *JO* du 14 mars 1981, p. 778.

305 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 183.

306 BAECQUE F. (de), *Qui gouverne la France ?*, PUF, 1976, p. 125-126.

voyait dans le pouvoir de nomination du Premier ministre une compétence de droit commun<sup>307</sup>.

### *B) La nomination ministérielle : un pouvoir de droit commun*

Il ne s'agit nullement ici de nier la réalité juridique : la lecture combinée de la Constitution et de l'ordonnance organique permet de conclure, pour les nominations, à la compétence de principe du président de la République, et la jurisprudence même du Conseil d'État vient confirmer cette lecture<sup>308</sup>. En revanche, si elle trouve toute sa validité pour les emplois supérieurs ou la très haute fonction publique, cette compétence semble être remise en cause, au moins quantitativement, par le truchement de l'article 4 de l'ordonnance. Si le principe reste la compétence du président de la République, les exceptions sont si nombreuses que le principe n'en est que le résidu.

Une étude statistique révèle ainsi qu'en moyenne entre 2002 et 2012 ont été pris 3 600 arrêtés de nomination ou promotion par an, contre 1 400 décrets. Ces chiffres s'expliquent par les nombreux domaines dans lesquels s'exerce le pouvoir de nomination des ministres. Il s'agit tout d'abord de leur cabinet pourvu par voie d'arrêté quasi discrétionnaire, comme nous l'avons vu. Mais il s'agit également, et peut-être surtout, de tous les emplois « relevant de leur département<sup>309</sup> ».

En effet, les choix des chefs de service, des sous-directeurs d'administration ou encore de certains administrateurs civils sont de leur pleine compétence<sup>310</sup>. Il en va de même, en règle générale, pour tous les fonctionnaires des catégories B, C et D « et même pour une bonne partie des emplois de catégorie A<sup>311</sup> », précise Jacques Fournier. Cependant, l'article 4 de l'ordonnance organique de 1958, qui élargit les prérogatives de nomination des ministres, les restreint d'un même mouvement en confiant également aux « autorités subordonnées » un pouvoir de nomination. Ainsi, dans les académies, les nominations sont laissées pour une bonne part aux recteurs ; pour les services extérieurs, ce sont les préfets qui nomment par voie d'arrêté ; pour les établissements publics, c'est le directeur de l'établissement qui pourvoit aux emplois, « à l'exception des sous-directeurs, directeurs adjoints et des agents

---

307 COHENDET M.-A., *La Cohabitation, leçons d'une expérience*, op. cit., p. 190. C'était effectivement les prescriptions du rapport Vedel qui estimait que « la meilleure solution était celle qui donnait au Premier ministre – chef de l'administration – la compétence de droit commun en matière de nomination des fonctionnaires civils et au président de la République, chef des armées, la même compétence en ce qui concerne les fonctionnaires militaires » (*Rapport remis au président de la République le 15 février 1993 par le comité consultatif pour la révision de la Constitution*, op. cit.).

308 En l'absence de précision, les fonctionnaires de l'État sont réputés nommés par décret du président de la République (CE, 8 mai 1963, *Malezieux*, AJDA, 1963, p. 698, obs. V. Silvera).

309 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 187.

310 BAECQUE F. (de), *Qui gouverne la France ?*, op. cit., p. 125-126.

311 FOURNIER J., *Le Travail gouvernemental*, Presses de la FNSP et Dalloz, 1987, p. 69.



comptables<sup>312</sup> », lesquels sont nommés, pour les établissements publics administratifs, par arrêté conjoint du ministre des Finances et du ministre intéressé, et par simple arrêté du ministre des Finances pour les établissements industriels et commerciaux.

Les prérogatives de nomination des ministres sont donc, comme nous le voyons, quantitativement plus nombreuses que celles du président de la République.

\*

Une approche purement juridique de la pratique du pouvoir de nomination et de sa répartition au sein de l'Exécutif nous invite à deux conclusions : si le président de la République possède un pouvoir de nomination de droit commun pour les emplois et fonctions qualitativement supérieurs, cette même compétence de principe revient, quantitativement, aux ministres. Le Premier ministre, lui, semble être exclu du jeu des nominations.

Or, cette approche juridique, pour rendre compte de la réalité, doit se doubler d'une approche politique qui semble démentir cette répartition : la dyarchie exerce un droit de regard permanent sur toutes les nominations et le président de la République seul, par son pouvoir d'évocation, peut potentiellement nommer à des emplois auxquels juridiquement il n'est pas prévu qu'il pourvoie.

---

312 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 187.

## **Chapitre 2 : La concentration politique des pouvoirs au profit de la dyarchie**

Le jeu politique redistribue fortement les cartes dans la répartition des compétences de nomination au sein de l'Exécutif : l'autorité respective du Premier ministre sur les ministres, lui conférant un droit de regard sur leur nomination, et celle du président de la République sur le Premier ministre, lui permettant d'user de son pouvoir d'évocation, permettent à la dyarchie de capter les compétences d'autorités politiquement inférieures (Section 1). Or, en période de cohabitation, c'est justement ces deux facultés, droit de regard du Premier ministre, pouvoir d'évocation du Président, qui se confrontent au point de donner lieu à une véritable bataille des nominations (Section 2).

### ***Section 1 : La captation des pouvoirs de nomination par la dyarchie***

Sans doute faudrait-il, pour saisir au plus près de la réalité le fonctionnement des institutions, étudier comment l'autorité (l'*auctoritas* romaine) déforme le droit positif. Dans le cas des nominations, il semblerait qu'elle permette au Premier ministre de s'approprier certaines prérogatives ministérielles (I) qui finalement sont elles-mêmes captées, selon une logique gigogne, par le président de la République (II).

#### **I. La captation des prérogatives par le Premier ministre**

Au sein de l'organe gouvernemental, organe collectif et solidaire, le Premier ministre exerce, par son autorité, un pouvoir hiérarchique de fait, dissimulé derrière son rôle d'arbitre du gouvernement (A). C'est ce pouvoir hiérarchique de fait qui lui permet de capter les prérogatives ministérielles : exigé pour la validité des arrêtés de nomination, le contreseing du Premier ministre lui permet d'influencer le fond de la décision (B).

##### ***A) La solidarité gouvernementale et l'arbitrage du Premier ministre***

Si le gouvernement peut se définir comme un organe solidaire, au sein duquel les membres ont le même statut, alors il est tout à fait normal que le Premier ministre ne soit pas considéré comme le supérieur hiérarchique de son équipe. Ce postulat de départ, postulat purement juridique, a été confirmé par la jurisprudence du Conseil d'État à de multiples occasions, notamment dans l'arrêt *Compagnie marchande de Tunisie* du 12 novembre

1965<sup>313</sup> : le sommet de la hiérarchie administrative est constitué par les ministres, et le premier d'entre eux ne saurait se substituer à eux, non plus qu'il n'est possible de contester devant lui les actes des membres du gouvernement.

Cependant, s'il serait inapproprié de confondre le chef du gouvernement avec un chef hiérarchique, il ne faut pas conclure à l'absence de toute primauté du Premier ministre sur les ministres. Au contraire, celle-ci pourrait trouver un fondement tout à fait pertinent à l'article 8 de la Constitution : étant donné que le Premier ministre propose, en exerçant un pouvoir de désignation, les futurs ministres qui formeront le gouvernement, ces derniers peuvent tout naturellement se sentir ses obligés. C'est ce sentiment d'obligation qui, tout en étant la source de l'autorité du chef du gouvernement sur ses ministres, conditionne également son *droit de regard*, droit qui peut donner lieu à l'approbation ou à la désapprobation de l'action des ministres. Il ne faut donc pas « se leurrer sur la portée de la polysynodie » de la V<sup>e</sup> République : loin d'avoir pour effet l'« éparpillement de la décision », elle favorise au contraire la concentration du pouvoir<sup>314</sup>. Ainsi, à la veille d'un Conseil des ministres qui entérina les nominations de Pierre Olmer à la direction des Enseignements supérieurs et de Pierre Aigrain à la délégation générale de la Recherche scientifique, Alain Peyrefitte, à l'origine de ces suggestions, put se réjouir de ce que Georges Pompidou lui annonçât : « Je suis très content de cette double nomination<sup>315</sup> », approbation importante qui laisse voir, par contraste, les effets qu'aurait eus un désaveu.

Quel est alors le fondement de ce droit de regard ? Si habituellement le pouvoir essentiel du Premier ministre au sein du gouvernement est le pouvoir d'arbitrage par lequel il résout les conflits entre les différents ministres, certains observateurs n'ont pas manqué de relever que ce pouvoir d'arbitrage pouvait faire penser, par « ses manifestations extérieures, au pouvoir hiérarchique classiquement aménagé dans l'administration<sup>316</sup> ». Et il n'a pas non plus échappé au Premier ministre qu'il « dispose d'un potentiel constitutionnel et administratif propre à lui ménager une primauté au sein du collège » si bien qu'il lui est aisé de faire « peser sur les ministres une direction dont les traits sont largement empruntés à l'exercice d'un pouvoir hiérarchique »<sup>317</sup>.

Ce droit de regard sur les nominations est donc un pouvoir hiérarchique de fait. Mais encore faut-il, pour que ce pouvoir produise pleinement ses effets, qu'il existe une saillie juridique sur laquelle ce pouvoir puisse prendre prise : cette saillie, c'est le contreseing exigé pour la légalité des arrêtés ministériels de nomination.

---

313 CE, 12 novembre 1965, *Compagnie marchande de Tunisie*, AJDA, II, 1961, p. 285.

314 RIALS S., *Le Premier Ministre*, PUF, 1981, p. 95-98.

315 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, op. cit., t. III, p. 411.

316 BONDUELLE A., *Le Pouvoir d'arbitrage du Premier ministre sous la V<sup>e</sup> République*, LGDJ, 1999, p. 178.

317 *Ibid.*, p. 186.

## *B) L'effet inversé du contreseing*

Si l'enfer est pavé de bonnes intentions, le contreseing doit assurément y être pratiqué, lui dont le rôle originel a si sensiblement varié qu'il s'en est inversé de nos jours. Alors qu'il était conçu traditionnellement pour éviter l'arbitraire d'une autorité investie de différents pouvoirs, il a pu, par la suite, permettre au contresignataire d'exercer un droit de regard sur les décisions de ladite autorité, au point qu'à l'heure actuelle, sur certains arrêtés, on ne peut distinguer, politiquement du moins, l'autorité signataire du contresignataire.

En associant le Premier ministre à certains arrêtés ministériels de nomination, les textes entendaient autant renforcer la solidarité gouvernementale qu'éviter le système des « chasses gardées » par lequel les ministres réservaient certains emplois aux administrateurs de leur département<sup>318</sup>. À cette fin, dans les administrations de l'État et assimilées (EPA et AAI), les emplois de chef de service et de sous-directeur, c'est-à-dire les « emplois d'encadrement intermédiaire<sup>319</sup> », sont prononcés « par arrêté conjoint du Premier ministre et [...] du (ou des) ministre(s) dont relève l'emploi [...] du (ou des) ministre(s) chargé(s) de la tutelle<sup>320</sup> », ce qui représente un nombre conséquent d'emplois de catégorie A. Mais, comme le déplore Jean Dupont, « dans la vie politique, un principe constitutionnel, une règle de droit ne conservent pas pour l'éternité la même signification<sup>321</sup> », et le contreseing est rapidement devenu un moyen d'action du Premier ministre sur ses ministres à mesure qu'il est passé du statut d'élément de compétence à celui d'élément de forme.

La querelle du contreseing a opposé ceux qui voyaient en lui un élément de compétence<sup>322</sup> et ceux qui le considéraient comme un critère de forme<sup>323</sup>. La distinction n'est pas anodine, car elle influe fortement sur son régime : une signature surabondante n'entachera pas l'acte d'incompétence si le contreseing n'est qu'un élément de forme. Au vu de la jurisprudence du Conseil d'État, notamment le fameux arrêt *Sicard* de 1962<sup>324</sup>, il est effectivement plus probable que le contreseing ne soit qu'un élément de validité formelle de l'acte<sup>325</sup>. Dès lors, le contreseing du Premier ministre sur les actes relevant normalement de la

---

318 CLAISSE A., *Le Premier ministre de la V<sup>e</sup> République*, op. cit., p. 207 ; SILVERA V., « Le régime des emplois de direction des administrations centrales », *AJDA*, 1965, p. 139 ; PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 670.

319 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, 2006, p. 30.

320 Art. 7, décret n° 2012-32 du 9 janvier 2012 *relatif aux emplois de chef de service et de sous-directeur des administrations de l'État*, *JO* du 11 janvier 2012, texte n° 22.

321 DUPONT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. I, p. 122.

322 EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 186-198.

323 Soit nous sommes en présence d'une formalité dont le défaut ne prête à aucune conséquence (Burdeau), soit il s'agit d'une formalité dont le défaut entraîne la nullité de la décision (Braibant) ; cf. SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, op. cit., t. II, p. 76.

324 CE, Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, *Rec.* p. 279.

325 Cf. la démonstration convaincante de THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 213.

compétence propre des ministres est un moyen juridique conditionnant l'exercice d'un droit de regard.

Du reste, ce droit de regard peut parfois s'exercer y compris en l'absence de compétence associée ou même de contreseing : l'exemple de la composition des cabinets en témoigne. Théoriquement, cette composition est laissée à la discrétion du ministre<sup>326</sup>, pourtant, en pratique, le Premier ministre et le président de la République surveillent ces nominations. Sous la présidence de Gaulle, Alain Peyrefitte, nouveau ministre de l'Éducation nationale, rapporte une scène au cours de laquelle Georges Pompidou lui aurait conseillé, en remplacement de Jean Dours, de choisir comme directeur de cabinet « quelqu'un qui soit spécialisé dans ce genre de contact [avec les syndicats], qui ait de préférence l'accent du Midi et des intonations et des manières rocailleuses<sup>327</sup> ». Le même Georges Pompidou, élu président de la République, « aurait imposé au Premier ministre, Pierre Messmer, le choix, non seulement de certains de ses ministres, mais même de ses collaborateurs directs au sein de son cabinet<sup>328</sup> ». Sous Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac aurait influencé la composition de nombreux cabinets ministériels<sup>329</sup>. Et si Anicet Le Pors parvient à nommer René Bidouze, dirigeant des fonctionnaires CGT, à la direction de son cabinet, la règle veut que « Pierre Mauroy et François Mitterrand filtrent toutes les nominations<sup>330</sup> » et que « Charasse veille à la composition des cabinets ministériels [en conseillant] les nouveaux ministres sur le choix de leurs conseillers<sup>331</sup> ».

Nous voyons donc que le Premier ministre, par son autorité, exerce un pouvoir hiérarchique de fait qui prend la forme, dans le cadre des nominations, d'un droit de regard. Ce même phénomène de captation de prérogatives se retrouve à la présidence de la République.

---

326 RIGAUD J., « Pouvoir et non-pouvoir du ministre », *Pouvoirs*, n° 36, 1986, p. 8.

327 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, op. cit., t. III, p. 389.

328 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 458.

329 PASSERON A., « La tutelle du Premier ministre va s'exercer plus directement sur le gouvernement », *Le Monde*, 19 juin 1974.

330 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, op. cit., t. I, p. 518-519.

331 *Ibid.*, t. I, p. 521.

## **II. La captation des prérogatives par le président de la République**

Le président de la République semble s'approprier de deux manières des compétences de nomination qui juridiquement sont censées lui échapper : par le Conseil des ministres et sa signature surabondante sur certains actes de nomination, il capte les prérogatives gouvernementales (A) ; par l'incompétence négative du législateur et la possibilité de poser par voie réglementaire les règles de nomination, il capte les prérogatives du législateur (B).

### *A) La captation des compétences gouvernementales : l'effet inversé du Conseil des ministres et la signature surabondante*

Soumettre certains actes de l'Exécutif à une délibération en Conseil des ministres semble être intuitivement compréhensible : il s'agit d'organiser un contrôle des actes les plus importants en ayant recours, comme pour les jugements, au principe de collégialité. C'est ce sens originel du Conseil des ministres qu'ont pu rappeler certains auteurs en l'appliquant au pouvoir de nomination : « La nomination des hauts fonctionnaires étant une compétence gouvernementale très politisée, elle doit s'exercer au sein d'un organe collégial où s'opère plus aisément un contrôle réciproque de l'usage que chacun fait de ses propres attributions<sup>332</sup>. » Le Conseil des ministres est donc institué pour « permettre un contrôle [...] sur ces nominations, pour qu'elles ne puissent pas être faites contre l'avis du gouvernement<sup>333</sup> ». Il est donc un « facteur d'atténuation de la prééminence présidentielle<sup>334</sup> ».

Or, le Conseil des ministres n'est pas un organe collégial rendant des décisions en son nom<sup>335</sup> : les actes qui sont pris en Conseil des ministres ne sont pas les actes du Conseil des ministres, comme cela a pu être affirmé à tort, affirmation appuyée par une distinction inopérante, dans les visas des actes, entre « Conseil des ministres entendu » et « après avis du Conseil des ministres ». Il faut se résoudre à l'opinion de Christian Thérésine : « Les nominations prises en Conseil des ministres sont donc juridiquement bien des décisions du chef de l'État et non du Conseil des ministres<sup>336</sup>. » Mais étant donné que les décisions du Conseil des ministres sont préparées en amont par le secrétariat général du gouvernement, en collaboration plus qu'étroite avec la présidence de la République, dont nous avons vu le rôle

---

332 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 455.

333 COHENDET M.-A., *La Cohabitation, leçons d'une expérience*, op. cit., p. 196-197.

334 TIMBAL J.-P., *Le Contresein ministériel*, thèse de l'université de Toulouse, 1975, p. 214.

335 PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 662.

336 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 200 ; cf., *ibid.*, p. 197, pour une explication sur la controverse opposant partisans et adversaires de la collégialité de la décision.

essentiel des conseillers, les nominations en Conseil des ministres sont aussi substantiellement celles du chef de l'État<sup>337</sup>.

Dans ces conditions, les auteurs s'accordent à dire que le Conseil des ministres n'est qu'une « chambre d'enregistrement des choix du chef de l'État<sup>338</sup> » et les acteurs politiques corroborent cette analyse. De Gaulle commentait ainsi sa pratique du Conseil des ministres : « J'indique quelle est ma manière de voir et je formule la conclusion<sup>339</sup> », pratique qui n'est pas sans rappeler celle de l'empereur Auguste au Sénat qui, sans détenir un pouvoir légal (*potestas*) supérieur aux autres, parvenait par son autorité (*auctoritas*) à s'arroger un grand nombre de prérogatives<sup>340</sup>. De fait, pour Jacques Soustelle, les Conseils des ministres « ne sont qu'une figuration<sup>341</sup> », au cours desquels, pour Jean Foyer, « les ministres ne prenaient la parole pratiquement que si le Général la leur donnait<sup>342</sup> », au point que Pierre Messmer ne se souvient pas d'y avoir « jamais entendu [...] la moindre question à l'occasion de la présentation des décrets nommant, promouvant ou affectant des officiers généraux [car] personne ne se serait cru autorisé à demander la parole à ce propos<sup>343</sup> ».

Ainsi, confier une nomination au Conseil des ministres, c'est la confier, en fait, à la discrétion du président de la République. Or, tous les emplois de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 et du décret d'application du 24 juillet 1985 sont pris en Conseil des ministres. Alors même que ces emplois sont à la « décision du gouvernement », selon les termes du décret, ils sont en réalité, par le jeu de l'effet inversé du Conseil des ministres, à la décision du président de la République : et le lapsus de Christiane Gouaud est tout à fait révélateur, qui évoque, à propos de l'ancêtre du décret du 24 juillet 1985<sup>344</sup>, les emplois qui « sont laissés à la “décision du Président”<sup>345</sup> ».

Mais l'autorité du président de la République sur les nominations du gouvernement peut même s'exercer en dehors du Conseil des ministres : il arrive quelquefois que le chef de l'État signe un décret de nomination alors qu'il n'est pas à proprement parler l'autorité de nomination. Cette signature traduit bien évidemment l'influence que le Président aura exercée sur ladite nomination. Pourtant, dans la mesure où la signature est assimilée à un élément de

---

337 « Le Premier ministre, qui joue un rôle essentiel pour la préparation des textes soumis au conseil, rentre dans le rang au moment de la délibération pour s'effacer à peu près complètement lors de la formulation de la décision », MASSOT J., *Le Chef du gouvernement*, op. cit., p. 106.

338 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 455 ; RIALS S., *La Présidence de la République*, op. cit., p. 117.

339 DE GAULLE C., *Mémoires d'espoir*, in *Mémoires*, éd. M.-F. Guyard, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2000, p. 1119.

340 Cf. AUGUSTE, *Res gestæ divi Augusti*.

341 SOUSTELLE J., *Vingt-huit ans de gaullisme*, La Table ronde, 1968, p. 83, cité in CLAISSE A., *Le Premier ministre de la V<sup>e</sup> République*, op. cit., p. 120.

342 *Archives constitutionnelles de la V<sup>e</sup> République*, La Documentation française, 2011, t. V, p. 75.

343 *Ibid.*, t. V, p. 377.

344 C'est-à-dire le décret n° 59-442 du 21 mars 1959.

345 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 457.

forme, comme nous l'avons vu, le Conseil d'État a jugé qu'« à supposer [qu'une nomination] n'appartienne pas au président de la République en vertu des dispositions du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 13 de la Constitution, la circonstance que le décret ait été néanmoins signé par le chef de l'État n'est pas [...] de nature à l'entacher d'illégalité, dès lors que le Premier ministre [...] y a lui-même apposé sa signature<sup>346</sup> » : c'est admettre, par la négative, l'intervention du Président dans potentiellement toutes les nominations du gouvernement.

Cette captation des prérogatives gouvernementales, en Conseil des ministres ou non, se trouve être confirmée par différentes sources. Ainsi, dans une lettre de février 1963 adressée à Georges Pompidou, le général de Gaulle s'inquiète de ce que « les nominations d'administrateurs au conseil d'administration des sociétés importantes sont parfois faites sans qu'[il ait] eu connaissance, au préalable, de la vacance de ces postes, ni des projets par les ministres intéressés pour y pourvoir » et d'ajouter immédiatement : « Or, ces nominations m'importent à plus d'un titre<sup>347</sup>. » La réponse du Premier ministre est modérée : plutôt que d'inscrire ces nominations sur la liste du décret du 29 avril 1959, il « propose que par une décision interne au gouvernement, il soit entendu qu'il ne sera procédé à aucune nomination de président de banques ou d'assurances nationalisées sans une délibération préalable du Conseil des ministres<sup>348</sup> ». Cette procédure ambiguë est précisée par la réponse même du président de la République : « ces nominations, sans faire formellement l'objet d'un décret en Conseil des ministres seront précédées d'une délibération au gouvernement », et il élargit cette procédure officieuse « aux directeurs généraux des banques nationalisés ». Enfin, au dernier paragraphe de cette réponse transparaît clairement la captation des prérogatives gouvernementales : « Je désire être tenu informé de la nomination des dirigeants de ces entreprises [non inscrites au décret de 1959]. Je sais que les pouvoirs des ministres de tutelle en cette matière varient beaucoup d'un établissement à l'autre [...], je n'en souhaite pas moins que vous me fassiez connaître en temps utile les vacances qui viendraient à se produire, les choix prévisibles du Conseil d'administration des sociétés considérées et, bien entendu, les intentions des ministres intéressés pour y pourvoir ou pour influencer sur ces choix<sup>349</sup>. » Et effectivement, pour les entreprises publiques, plusieurs propositions de nomination, émanant notamment du ministre des Finances, furent présentées, en 1964, à Jean Dromer pour « observations ».

Ainsi, couplée à la nécessité de choisir les domaines dans lequel il souhaite prendre part, cette faculté d'intervenir dans les nominations des autorités inférieures met au jour le pouvoir d'évocation<sup>350</sup> du président de la République : par ce pouvoir, il peut faire remonter à

---

346 CE, 10 février 1965, *Pontillon*.

347 Lettre du général de Gaulle à Georges Pompidou, février 1963, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

348 Lettre de Georges Pompidou au général de Gaulle, 22 avril 1963, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

349 Lettre du général de Gaulle à Georges Pompidou, 10 janvier 1964, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

350 Stéphane Rials parle également de « pouvoir de substitution » lorsque « le chef de l'État exprime sa volonté à la place de celle des autorités normalement compétentes » (RIALS S., *Le Premier Ministre, op. cit.*, p. 99).



la présidence toutes les nominations qui l'intéressent, bien qu'il n'en soit pas l'autorité de nomination formelle.

*B) La captation des prérogatives législatives : l'incompétence négative du législateur organique*

En sus de cette captation des prérogatives ministérielles s'ajoute une captation des prérogatives du législateur. En effet, à lire le quatrième alinéa de l'article 13 de la Constitution, une loi organique vient préciser les modalités d'application du pouvoir de nomination du président de la République : c'est sur le fondement de cet article que sont intervenues les dispositions organiques du 28 novembre 1958, à la seule différence près – différence de taille – qu'elles sont contenues non dans une loi organique mais dans une ordonnance de l'ancien article 92 de la Constitution, ordonnance dont le Conseil constitutionnel se refuse de contrôler la constitutionnalité<sup>351</sup>.

Or, si la Constitution délègue à une loi organique le soin de déterminer les emplois pourvus en Conseil des ministres, l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 renvoie à un décret le soin de lister les emplois de direction auxquels il est pourvu en Conseil des ministres. Dans le cas où un double renvoi conduit à donner au pouvoir réglementaire une compétence qui est pourtant du domaine du législateur, il s'agit habituellement d'une incompétence négative<sup>352</sup>. Et puisque ici le législateur, au sens organique du terme, n'a jamais été consulté, mieux vaudrait effectivement parler d'une « violation caractérisée de la Constitution<sup>353</sup> ».

Cette violation nous intéresse à plus d'un titre dans le cadre de notre étude, car, à l'inverse de Gaston Jèze qui mettait en garde ceux qui confondent « le pouvoir de nomination » et « la compétence pour formuler les règles sur la nomination<sup>354</sup> », il faut bien comprendre que celui qui formule les règles de nomination peut dilater son propre pouvoir de nomination. C'est le cas avec ces emplois de direction : la liste a pu croître fortement les veilles « d'élections législatives périlleuses risquant d'entraîner [...] une cohabitation<sup>355</sup> ». En outre, priver le législateur d'intervenir dans le domaine des nominations correspond parfaitement au souci gaullien de présidentialisation : au cours du Conseil des ministres du 9 mai 1962, alors que Frey « annonce un mouvement de préfets et rappelle [...] la nécessité de ne pas parler de ces nominations, de façon à en laisser la primeur aux parlementaires », le

---

351 CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, n° 86-217 DC, *Rec.* p. 141 ; CC, 8 juin 1995, *Nominations en Conseil des ministres*, n° 95-177 L, *Rec.* p. 211 ; cf. PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 658.

352 LE POURHIET A.-M., « L'article 4 », art. cité, p. 17.

353 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 735.

354 JEZE G., « Le procédé technique de la nomination... », art. cité, p. 577, note 1.

355 PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 659 ; cf. les décrets du 22 février 1967 et du 6 août 1985 modifiant le décret du 29 avril 1959.

général de Gaulle aurait vivement rétorqué : « Vous n'êtes tout de même pas obligé de négocier avec les parlementaires pour nommer des préfets ! C'était bon sous le régime défunt<sup>356</sup>. »

En réalité, cette captation de prérogatives peut s'étendre à d'autres autorités, et de manière considérable en cas de fait majoritaire : le président de l'Assemblée nationale peut ainsi « mettre son pouvoir de nomination à la disposition du chef de l'État », comme c'est habituellement le cas pour les nominations au Conseil constitutionnel<sup>357</sup>. De même, par un jeu d'obligations réciproques, une personne nommée disposant d'un pouvoir de nomination aura tendance à le confier à l'autorité qui l'a nommée : quand le président de la République nomme certains membres du conseil d'administration ainsi que son président sur proposition de ce conseil et que ce même conseil d'administration nomme le directeur général, on peut légitimement penser que le président de la République, selon son influence, nomme, de fait, ce directeur général. Aussi ne manque-t-elle pas d'ambiguïté la phrase toute rassurante du directeur de cabinet d'André Malraux à l'attention du secrétariat général de la Présidence, au sujet du conseil d'administration de l'UGC, société anonyme à participation, certes majoritaire, de l'État : « Comme dans toutes sociétés anonymes, le conseil d'administration a élu son Président selon le vœu de l'actionnaire qu'est l'État<sup>358</sup>. » C'est ce que Philippe Yolka nomme « le pouvoir de nomination indirect du chef de l'État<sup>359</sup> ».

Si le fait majoritaire redistribue donc les cartes du pouvoir de nomination, la cohabitation en change assurément la donne, comme nous allons le montrer.

## ***Section 2 : La question de la cohabitation : la bataille de la nomination***

« Au fond, cela aurait été amusant de voir comment on peut gouverner avec la Constitution », aurait dit le général de Gaulle en 1967<sup>360</sup>. Et derrière la plaisanterie perce une vérité essentielle au pouvoir de nomination : se dilatant en cas de fait majoritaire, se contractant en cas de cohabitation, il « obéit à une logique assez proche de celle des

---

356 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, op. cit., t. I, p. 450.

357 Cf. CCF, *Pouvoirs*, n° 26, 1983.

358 Note du ministère des Affaires culturelles au secrétariat général de la Présidence, 19 décembre 1961, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

359 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 757. Il prend l'exemple de la nomination de Boutros-Ghali comme secrétaire général de la francophonie, nous pourrions prendre celui de Jack Lang à l'Institut du monde arabe.

360 DUVERGER M., *Bréviaire de la cohabitation*, PUF, 1986, p. 7. Propos que Maurice Duverger recueille auprès d'Edgar Faure et d'Alain Peyrefitte.

compétences normatives<sup>361</sup> ». Cette contraction a donné lieu à une vive querelle des noms sous les différentes cohabitations (I), querelle dont on peut extraire des règles coutumière et législative de partage des compétences (II).

## **I. La querelle des noms**

L'expérience de la cohabitation, par l'inédit qu'elle représentait, a permis de préciser les contours respectifs des pouvoirs de nomination du président de la République et du Premier ministre. C'est au cours du Conseil des ministres que se sont dessinées ces lignes de partage, non sans certaines tensions qui ont pu aboutir à l'exercice d'un droit de veto présidentiel (A). En période de cohabitation donc, le partage des compétences résulte en fait de longues tractations (B).

### *A) En Conseil des ministres : veto et grève de la signature*

Si une lecture littérale de l'article 8 de la Constitution a pu nourrir certaines tensions entre les Présidents de la République et leurs Premiers ministres en ce qui concerne la composition du gouvernement<sup>362</sup>, ce sont essentiellement les articles 13 et 21 qui ont provoqué la querelle des nominations qui ont secoué les Conseils des ministres des trois dernières cohabitations. De leur étude, il est possible d'affirmer que le Premier ministre exerce un pouvoir de nomination de droit commun, restreint par le pouvoir d'empêcher du président de la République : le refus de l'inscription à l'ordre du jour ou la pure et simple grève de la signature.

Les premières tensions sont nées au Conseil des ministres du 9 avril 1986 : alors que Jacques Chirac comptait faire passer un vaste mouvement préfectoral, François Mitterrand, qui n'avait été prévenu que la veille, « fit savoir en séance que désormais les nominations de dernière minute seraient reportées à l'ordre du jour suivant<sup>363</sup> ». Cette première tension montre que si le gouvernement recouvre de plein droit ses prérogatives en matière d'emplois supérieurs, il les exerce sous réserve de ce premier pouvoir d'empêchement du président de la République : l'ajournement du Conseil.

---

361 REIPLINGER C., « Article 13 », in LUCHAIRE F., *La Constitution de la République française*, Economica, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 497.

362 François Mitterrand aurait refusé à Jacques Chirac le nom de Philippe Léotard aux Affaires étrangères en prétextant que ce dernier « aurait été capable de déclarer une guerre sans que nous nous en apercevions ni l'un ni l'autre » ; il aurait également précisé à Édouard Balladur qu'il n'entendait pas qu'on lui proposât des « noms inacceptables ». Cf. MASSOT J., *Le Chef de l'État, chef des armées*, op. cit., p. 66.

363 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 488. Il est plaisant de noter que Jacques Attali relate exactement le scénario inverse : pour lui, c'est Jacques Chirac lui-même qui a, par une « parfaite courtoisie », intimé au SGG que « tout projet de nomination qui ne parviendrait pas à l'Élysée avant le vendredi midi ne pourrait pas être inscrit à l'ordre du jour du Conseil des ministres du mercredi suivant », ATTALI J., *Verbatim*, Fayard, 1995, t. II, p. 41.

Le second pouvoir d'empêchement du Président en temps de cohabitation est apparu peu après, au cours du Conseil des ministres du 21 mai 1986 : Jacques Chirac avait prévu le remplacement d'Éric Rouleau, ambassadeur à Tunis nommé le 5 février 1986, remplacement auquel François Mitterrand avait refusé sa signature. L'épisode avait donné lieu à certaines complications<sup>364</sup>. Ce même refus avait été opposé au remplacement de Jean-Paul Huchon à la direction générale du Crédit agricole, en Conseil des ministres le 28 mai 1986. Pour expliquer la situation qui confinait à la paralysie, François Mitterrand avait publiquement déclaré qu'il attendait des « reclassements honorables » pour les remplacements qu'on lui suggérait<sup>365</sup>.

Ces deux branches d'un pouvoir d'empêchement ou de veto, l'ajournement et la grève de la signature ont été de nouveau utilisés au moment de la cohabitation avec Édouard Balladur : François Mitterrand a discuté la nomination des six membres du conseil de la politique monétaire de la Banque de France en Conseil des ministres le 5 janvier 1994<sup>366</sup>, ainsi que refusé la nomination de Monique Guémann à la Cour de cassation<sup>367</sup>. De même, la cohabitation entre Jacques Chirac et Lionel Jospin a été également ponctuée par ces différentes formes d'empêchement : devant les « réserves » de la Présidence, Lionel Jospin avait dû retirer les nominations prévues dans la haute magistrature en Conseil des ministres le 17 janvier 2001<sup>368</sup>.

Dans tous les cas, note Jean Massot, « il a bien fallu néanmoins arriver à un compromis, le président de la République ne pouvant pas plus donner son aval à une pratique inspirée du *spoils system* américain que procéder à une grève de la signature systématique<sup>369</sup> » : pour éviter la paralysie, il a fallu procéder à des tractations.

### *B) La nomination par tractations*

Effectivement, Georges Pompidou l'avait déjà annoncé à François Mitterrand en 1964, au cours d'un débat : « Du fait de la *valeur égale* de la signature du Premier ministre et du président de la République, les décisions ne peuvent être prises qu'après accord entre les deux plus hautes autorités gouvernementales<sup>370</sup>. » Or, le pouvoir de nomination est la compétence par excellence qui associe pleinement le chef du gouvernement au chef de l'État, au point d'être, selon l'expression fameuse de Maurice Duverger, « le pot au noir de la Constitution<sup>371</sup> ».

---

364 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, op. cit., t. II, p. 670-673.

365 *Le Monde*, 25 juillet et 1<sup>er</sup> août 1986.

366 *Le Monde*, 6 janvier 1994.

367 Cf. CCF, *Pouvoirs*, n° 70, 1994 ; *Le Figaro*, 9 février 1994.

368 *Le Monde*, 18 janvier 2001 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 98, 2001.

369 MASSOT J., *L'Arbitre et le Capitaine*, op. cit., p. 293.

370 Cité *ibid.*, p. 293.

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

En temps de cohabitation donc, la nomination ne peut passer que par des tractations<sup>372</sup> : soit ces tractations précèdent le Conseil des ministres, c'est l'entente préalable (comme pour la nomination de Marceau Long à la vice-présidence du Conseil d'État<sup>373</sup>), soit elles lui succèdent, dans le laps de temps (de vingt-quatre à quarante-huit heures) qui sépare les délibérations du Conseil des ministres et la signature présidentielle<sup>374</sup>.

Ainsi, alors que François Mitterrand avait refusé de signer les nominations des six membres du conseil de la politique monétaire de la Banque de France le 5 janvier 1994, Balladur avait fini par accepter la nomination de Michel Sapin, ce qui avait permis de dénouer la situation<sup>375</sup>. De même, le renouvellement des quarante personnalités qualifiées du Conseil économique et social le 7 septembre 1994 a donné lieu à de multiples tractations pour aboutir à un partage entre les candidats de François Mitterrand, ceux d'Édouard Balladur et ceux qui faisaient consensus. Il en a été de même pour les deux membres de la Commission européenne en 1994 : le président de la République avait choisi Édith Cresson, tandis qu'Édouard Balladur avait fait le choix d'Yves-Thibault de Silguy<sup>376</sup>.

Ces nominations-tractations passent enfin par des concessions : un accord est obtenu sur une nomination afin que dans d'autres domaines, étrangers au pouvoir de nomination, un consensus s'installe : la nomination de Patrick Stéfani, directeur adjoint de cabinet d'Alain Juppé, au Conseil d'État au tour extérieur, le 23 juillet 1998, peut se comprendre comme une volonté d'apaiser une situation compliquée au sein de la dyarchie à la suite, notamment, du vote de la loi Aubry I sur la réduction du temps de travail<sup>377</sup>. De même, d'après Jacques Attali, François Mitterrand aurait bloqué la nomination de Philippe Auberger à la place de Jean-Paul Huchon à la tête du Crédit agricole et le conseiller spécial d'ajouter : « La résistance paie : Aimé Blanc est nommé à la SNECMA au poste convenu<sup>378</sup>. »

Nous voyons donc qu'en temps de cohabitation, le pouvoir de nomination, qu'il s'exerce en Conseil des ministres ou par décret simple exigeant le contreseing primoministériel, se décline en une compétence partagée qui nécessite l'accord des deux têtes de l'Exécutif<sup>379</sup> et en une faculté d'empêcher dont l'un des effets pervers peut être « la nomination de personnalités dont le principal mérite est de ne déplaire à personne<sup>380</sup> ».

---

372 Au Conseil des ministres du 23 juillet 1986, François Mitterrand, résumant la tension entre les articles 13 et 21 de la Constitution, se serait exclamé : « D'après la Constitution, c'est moi qui nomme. Certes, je ne peux pas nommer si je n'ai pas votre contreseing. Mais vous non plus, vous ne pouvez pas nommer sans mon accord ! » (ATTALI J., *Verbatim, op. cit.*, t. II, p. 130).

373 *Le Monde*, 13 février 1987. Cf. YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, note 1, p. 747.

374 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 489.

375 *Le Monde*, 6 janvier 1994 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 70, 1994.

376 *Le Monde*, 7 et 9 septembre 1994 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 72, 1994.

377 CCF, *Pouvoirs*, n° 88, 1998.

378 Conseil des ministres, lundi 26 mai 1986, ATTALI J., *Verbatim, op. cit.*, t. II, p. 84.

379 COHENDET M.-A., *La Cohabitation, leçons d'une expérience, op. cit.*, p. 196.

380 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 749.

Pour autant, il ne faudrait pas exagérer ces tensions (aux dires de Jacques Chirac, seule la nomination du préfet de police a constitué une réelle crise<sup>381</sup>), car rapidement se sont mises en place des règles, si ce n'est d'entente cordiale, du moins de coexistence pacifique.

## **II. La règle coutumière et législative**

Deux règles de coexistence pacifique peuvent être dégagées d'une étude du pouvoir de nomination en temps de cohabitation : une règle coutumière qui semble ressusciter l'idée d'un domaine présidentiel réservé (A) et un pis-aller législatif qui concerne les emplois supérieurs (B).

### *A) La règle coutumière : le domaine réservé*

Si avec la cohabitation, « le contreseing cesse de devenir formel – il se négocie<sup>382</sup> », très tôt une pratique constitutionnelle s'est instaurée, délimitant trois cas de figure permettant de comprendre le partage des compétences entre le président de la République et le Premier ministre. Une réponse de François Mitterrand au cours d'un entretien donné le 14 juillet 1993 permet de mieux en rendre compte : « Quand [les nominations] 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, 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 remarquer<sup>383</sup>. »

Il y aurait donc tout d'abord un domaine gouvernemental dans lequel le Président n'interviendrait pas ou peu, domaine dans lequel il est possible, par exemple, de ranger la nomination des préfets, des directeurs d'administration centrale, des recteurs. Dans ces secteurs-là, s'il n'intervenait pas, François Mitterrand « faisait chaque fois vérifier que les candidats qu'on lui proposait à sa signature, en Conseil des ministres ou non, n'avaient pas été condamnés ou n'étaient pas indignes de la fonction dans laquelle on lui proposait de les nommer [...] ; c'était des personnalités qu'il connaissait à peine ou même pas du tout<sup>384</sup> », à en croire Michel Charasse. Deux conditions encadrent néanmoins cette discrétion gouvernementale : avertir le Président des projets de nominations dans un délai raisonnable et

---

381 COHENDET M.-A., *La Cohabitation, leçons d'une expérience*, op. cit., p. 197-198.

382 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 488.

383 *Le Monde*, 16 juillet 1993.

384 *Archives constitutionnelles de la V<sup>e</sup> République*, op. cit., t. V, p. 448.

« assurer le reclassement des personnalités écartées à un niveau décent<sup>385</sup> », ce que confirme également Michel Charasse<sup>386</sup>.

À côté de ce domaine gouvernemental, il y aurait un domaine concernant les postes qui « intéressent le pays et [l']autorité » présidentielle, ce qui n'est pas sans rappeler le concept de « domaine réservé » de Jacques Chaban-Delmas. Ce domaine inclut les « postes de haut niveau dans les domaines où la France doit, à l'égard de l'extérieur, parler "d'une seule voix"<sup>387</sup> », c'est-à-dire essentiellement la défense, la sécurité nationale et la politique étrangère (des chefs d'état-major aux ambassadeurs en passant par les procureurs). Dans ce domaine réservé, François Mitterrand « considérait cependant qu'[...]il faudrait faire avec son accord<sup>388</sup> ».

Enfin, au vu de certaines tensions, Christiane Gouaud a isolé un troisième domaine, celui « des postes jugés par le chef de l'État sensibles<sup>389</sup> », et qui recouvre notamment la direction générale de la police nationale et les autres grands postes de police : la règle, selon elle, reste le *statu quo*.

### *B) La règle législative pour les emplois supérieurs*

À côté de cette règle coutumière a été votée une règle législative qui, sans organiser autant le partage des compétences, mérite d'être évoquée, car elle est directement issue de « la difficulté inhérente à la nomination de certains hauts fonctionnaires civils de l'État<sup>390</sup> ».

En effet, afin d'éviter une trop grande instabilité des emplois supérieurs et sans doute pour assurer une certaine continuité de l'État en vue des prochaines élections, le gouvernement Chirac a fait voter une loi le 31 décembre 1987 *relative à la limite d'âge de certains fonctionnaires civils de l'État*, dont l'article premier dispose que les fonctionnaires occupant des emplois supérieurs de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984, ayant atteint cette limite d'âge dans les trois mois précédant la fin du mandat présidentiel, « peuvent être maintenus en fonctions, avec leur accord, par une décision prise dans les mêmes formes que leur nomination et pour une période qui prend fin à l'expiration d'un délai de trois mois après

---

385 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 488.

386 « Il arrivait cependant qu'il suspende son stylo, le temps de traiter convenablement les personnalités remplacées qui n'avaient pas démérité, comme Jean-Paul Huchon », *Archives constitutionnelles de la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, t. V, p. 448.

387 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 488.

388 *Archives constitutionnelles de la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, t. V, p. 447.

389 GOUAUD C., « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », art. cité, p. 488.

390 Cf. CCF, *Pouvoirs*, n° 45, 1987.

la date de prise de fonction du nouveau président de la République<sup>391</sup> », cette décision étant révocable *ad nutum*.

Si elle permet d'assurer une certaine stabilité, cette loi pose tout de même la question de l'application éventuelle du principe d'indisponibilité des compétences : si le roi ne pouvait librement disposer de la Couronne et réduire les pouvoirs de son successeur, aucune autorité administrative ne peut non plus refuser d'exercer ses compétences. Or, si la décision s'impose au nouveau président de la République, tel serait pourtant le cas. Inversement, si le régime des emplois supérieurs permet au nouveau président de la République de révoquer *ad nutum* le fonctionnaire zélé, l'utilité de la mesure est nulle.

---

391 Loi n° 87-1129, du 31 décembre 1987 relative à la limite d'âge de certains fonctionnaires civils de l'État, JO du 1<sup>er</sup> janvier 1988, p. 10.



## Conclusion de la deuxième partie

Nous avons vu précédemment que le pouvoir de nomination était en réalité multiple, se déclinant tantôt en un pouvoir d'entérinement (nomination formelle), tantôt en un pouvoir de désignation (nomination substantielle), lesquels pouvoirs, plus ou moins combinés, permettaient de définir un pouvoir pur de nomination (nomination discrétionnaire).

Or, à étudier la répartition des compétences de nomination au sein de l'Exécutif, nous voyons que la Constitution et l'ordonnance organique organisent une déconcentration des pouvoirs formels de nomination. Si pour la haute fonction publique et le secrétariat général de l'Élysée, c'est-à-dire pour les nominations qualitativement supérieures, le président de la République possède une compétence de principe, il en va différemment pour la grande majorité des emplois publics de l'État : quantitativement parlant, c'est au ministre à qui revient cette compétence de principe.

Néanmoins, s'il y a juridiquement déconcentration, il y a politiquement concentration ou captation des prérogatives de nomination. En effet, l'autorité de la dyarchie, c'est-à-dire du président de la République et du Premier ministre, leur permet, par l'exercice d'un pouvoir de désignation, de nommer à des emplois qui juridiquement ne relèvent pas de leur compétence. Le Conseil des ministres et les contreseings sont les moyens d'expression de cette autorité conditionnant l'exercice du pouvoir substantiel de nomination. Cette concentration politique des compétences de nomination au profit de la dyarchie est peut-être le mieux perceptible en temps de cohabitation : les conflits entre le chef de l'État et le Premier ministre redoublent l'intensité du conflit d'interprétation des articles 13 et 21 de la Constitution.

Si, pour beaucoup d'auteurs, la question principale est celle que formule Christian Thérésine : « [Le Président] choisit-il réellement les fonctionnaires dont il signe les décrets de nomination ou ne fait-il qu'entériner les propositions qui lui sont faites ?<sup>392</sup> », il serait imprudent et audacieux de répondre en suivant seulement une des branches de l'alternative. Il faut bien souligner que pour toutes les nominations « une procédure d'information préalable du président sur les choix envisagés a été mise en place<sup>393</sup> », si bien que la règle traditionnelle demeure : *de minimis non curat praetor*. Or, cette règle a un équivalent positif : c'est le pouvoir d'évocation, qui est, pour le Président, « la faculté de se saisir de toute affaire qu'il juge importante [comme] l'avancement de tel ou tel fonctionnaire » ; c'est en somme « un pouvoir d'autodétermination de sa compétence<sup>394</sup> ». Le pouvoir de nomination s'exerce donc

---

392 THERÉSINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 175.

393 FOURNIER J., *Le Travail gouvernemental*, op. cit., p. 70.

394 BEAUD O., « Le souverain », *Pouvoirs*, n° 67, p. 41.

selon les textes, mais le Président peut faire remonter à lui, au cas par cas, les affaires sur lesquelles il entend exercer un pouvoir substantiel de nomination.

Pour autant, si nous savons désormais *ce qu'est* le pouvoir de nomination et *comment* il est exercé, il nous reste à comprendre *pour quoi* – dans quelles finalités –, il est utilisé.

## Partie III. Les fonctions de la nomination : Pouvoir de patronage et magistrature d'influence

« Il reste aux monarques, sous une Constitution libre, de nobles, belles, sublimes prérogatives. À eux appartient [...] la distribution des grâces, des faveurs, des récompenses, la prérogative de payer d'un regard ou d'un mot les services rendus à l'État, prérogative qui donne à la monarchie un trésor d'opinion inépuisable, qui fait de tous les amours-propres autant de serviteurs, de toutes les ambitions autant de tributaires. »

Benjamin CONSTANT, *Principes de politique*, II

A QUOI SERT LE POUVOIR DE NOMMER ? Quelles sont les raisons qui ont poussé et les constituants et les penseurs du politique à considérer cette compétence comme une marque de souveraineté ?

En droit, pour répondre à la finalité d'un pouvoir, il faut s'intéresser aux fonctions qui lui sont attachées, et pour élucider ces fonctions, il faut considérer les actes qui sont produits dans l'exercice de ce pouvoir : « Il apparaît [alors] que l'acte juridique n'est jamais pour ses auteurs qu'un moyen d'atteindre un certain résultat au-delà du droit ; [...] les normes juridiques qui sont posées ne sont elles-mêmes jamais qu'un moyen au service de *fins*<sup>395</sup>. »

Or, contrairement à d'autres pouvoirs, la nomination ne semble pas répondre à une fonction précise ; il engloberait plutôt une multitude de fonctions que nous pourrions classer en deux catégories distinctes : les fonctions juridiques classiques (Chapitre 1) et des fonctions dites politiques (Chapitre 2).

L'analyse finaliste ou fonctionnelle permet alors de mettre au jour un trait caractéristique du pouvoir de nomination, qui est aussi un élément composant l'essence de l'Exécutif : « Maître des carrières, le président de la République dispose d'une capacité d'influence qui [...] s'étend à tout le personnel dirigeant de l'État<sup>396</sup>. » L'Exécutif exercerait

---

395 EISENMANN C., *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 504. (Souligné dans le texte.)

396 AVRIL P., « Diriger le gouvernement », *Pouvoirs*, n° 83, p. 39.

donc, par le biais de la nomination, une *magistrature d'influence*. Toutefois, cette qualification traditionnellement attribuée aux présidents de la III<sup>e</sup> République<sup>397</sup> pourrait sembler paradoxale étant « si parfaitement liée à l'existence d'un pouvoir exécutif dépourvu de compétences de décision<sup>398</sup> ». Mais tout le paradoxe du pouvoir de nomination sous la V<sup>e</sup> République est là : l'Exécutif, juridiquement fort, exerce aussi une magistrature d'influence ou, pour emprunter l'expression de Maurice Hauriou<sup>399</sup>, un *pouvoir de patronage*. 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, comme nous le montrerons. En somme, le pouvoir de nomination, pouvoir de patronage, est « un fantastique instrument de concentration des pouvoirs au profit du chef de l'État<sup>400</sup> ».

## **Chapitre 1 : Les fonctions juridiques liées au pouvoir de nomination**

Sans qu'il soit besoin de discourir sur les différentes fonctions juridiques de l'État, nous pouvons observer que la nomination permet l'exercice de certaines fonctions propres à l'Exécutif (administrative ou gouvernementale), fonctions qui sont effectivement prévues par les textes (Section 1). En revanche, par sa capacité d'influence, l'Exécutif semble aussi exercer matériellement d'autres fonctions juridiques habituellement exclues de ses missions (Section 2) au nom d'un principe de séparation des pouvoirs compris comme une séparation des fonctions<sup>401</sup>.

---

397 « Le président de la République exerce une magistrature d'influence », BARTHELEMY J. et DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, Panthéon-Assas, 2004, p. 635 ; « Le Président a donc (mais a certainement) qu'une capacité d'influence » ; RIALS S., *La Présidence de la République, op. cit.*, p. 52.

398 VELLAS P., « La présidence Eisenhower, magistrature d'influence ? », *Revue politique et parlementaire*, juin-juillet 1954, p. 4.

399 Cité in BEAUD O., « Le souverain », art. cité, p. 42.

400 *Ibid.*, p. 42.

401 Nous ne pouvons pas, bien sûr, détailler ici cette idée qui réclamerait une analyse plus approfondie, nous renvoyons au très classique article de Charles Eisenmann : « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1923.

## ***Section 1 : L'exercice des fonctions traditionnelles de la nomination***

Légitimement, le pouvoir de nomination de l'Exécutif lui donne les capacités d'exercer la fonction exécutive, laquelle peut se comprendre soit comme une fonction administrative d'application particulière des règles générales (I), soit comme une fonction gouvernementale de prise de décision dans des domaines régaliens<sup>402</sup> (II).

### **I. Nomination et fonction administrative**

Si la fonction administrative revient tout naturellement à l'Exécutif qui « dispose de l'administration », selon l'article 20 de la Constitution, en revanche ni le Président ni le gouvernement n'« administrent » à proprement parler : leur fonction consiste plus à « procurer l'action par la nomination des fonctionnaires<sup>403</sup> ». Ces nominations permettent à l'Exécutif de « s'entourer d'agents partageant des opinions politiques semblables<sup>404</sup> » afin que la politique déterminée par le gouvernement puisse être conduite au mieux : c'est ce qui justifie la nécessité d'une administration loyale (A). Mais, au nom de la loyauté de l'administration, certaines dérives ont pu être constatées, qui font apparaître un *spoils system* à la française (B).

#### *A) L'administration : fidèle, loyale ou neutre ?*

Pour l'Exécutif, exercer la fonction administrative revient donc à diriger l'administration. Or, cette idée de direction recouvre, selon la doctrine, trois compétences précises : un pouvoir d'organisation et de gestion des services destiné à assurer le fonctionnement des services publics, un pouvoir disciplinaire et hiérarchique, et nécessairement un pouvoir de nomination<sup>405</sup>. Il s'agit ici de comprendre comment ce dernier point peut devenir une prérogative essentielle à l'exercice de la fonction administrative.

En effet, il va de soi qu'une politique à appliquer nécessite de nombreux relais au sein de l'État, tant dans les services centraux que dans les services extérieurs. Pour ce faire, le gouvernement et le président de la République – ce dernier ayant été reconnu depuis

---

402 Même remarque que précédemment, pour cette distinction des fonctions gouvernementale et administrative, cf. BURDEAU G., *Traité de science politique*, op. cit., t. V, p. 308.

403 PRELOT M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1972, 5<sup>e</sup> éd., p. 722-723.

404 SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, op. cit., t. I, p. 38.

405 Cf. DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. I, p. 29 ; SOULOUMIAC A., *Le Pouvoir de nomination*, op. cit., t. I, p. 67.

longtemps chef de l'Administration<sup>406</sup> – nomment aux emplois supérieurs, notamment les préfets, les directeurs d'administrations et les chefs de service, afin que ces derniers impriment au département ministériel la politique déterminée. Car diriger l'administration suppose que l'administration accepte d'être dirigée<sup>407</sup>. En d'autres termes : « Les ministres, responsables de la mise en œuvre de la politique définie ou approuvée par les représentants du peuple, doivent pouvoir compter sur la loyauté sans défaillance de leurs collaborateurs immédiats<sup>408</sup>. » Mais l'exigence de loyauté dépasse la sphère stricte de l'administration pour embrasser les hommes chargés plus généralement de l'exécution de la politique gouvernementale : le général de Gaulle convoquait ainsi régulièrement, « pour [lui] rendre compte de leur action et de leurs difficultés », les principaux directeurs de ministère, les dirigeants des services publics et des entreprises nationalisés, les préfets, les ambassadeurs, les recteurs d'académie, les commandants militaires<sup>409</sup>.

Ainsi la question de la loyauté de l'administration se pose nécessairement et, avec elle, son corollaire : quel degré de loyauté l'Exécutif peut-il exiger de l'administration ? Certains exemples historiques montrent que la réponse est loin d'être évidente. En 1945, le général de Gaulle entreprend de créer le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) pour développer la bombe atomique. Il nomme dans ce dessein Frédéric Joliot-Curie, scientifique renommé mais communiste notoire. Or, résume le général de Gaulle, comme « Moscou ne voulait pas que la France ait sa bombe, [Joliot-Curie] n'a pas voulu s'en occuper, jusqu'au jour où on a fini par le flanquer à la porte<sup>410</sup> ». De même, en 1981, à la suite de l'élection de François Mitterrand et de la nouvelle politique éducative développée par Alain Savary, « il apparut assez clairement que le corps [des recteurs] devait être renouvelé parce que la plupart de ses membres nommés sous le précédent septennat n'apparaissaient pas capables d'appliquer [cette] nouvelle politique<sup>411</sup> ». Ces exemples montrent combien l'Exécutif a besoin d'une administration « loyale ».

Mais le problème tient sans doute à la définition qu'on veut bien donner de la « loyauté ». Celle-ci tendrait, selon une logique inspirée du droit du service public, à se rapprocher du principe de neutralité qui permet, entre autres, d'éviter une trop grande

---

406 « La doctrine, puis la jurisprudence du Conseil d'État, avait dégagé l'existence d'une règle fondamentale "élevée en France à la hauteur d'un principe indépendant des formes du gouvernement" selon laquelle le chef de l'État était aussi le chef de son administration », DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. I, p. 29.

407 Jean Rivero notait la difficulté « de marquer la limite entre *gouvernement* et *administration* [...] ; telle nomination de haut fonctionnaire aura une portée gouvernementale si elle marque un changement de politique, ou une signification purement administrative. En pratique, d'ailleurs, l'action gouvernementale et la direction de l'activité administrative incombent aux mêmes organes, et aboutissent à des actes de même nature », RIVERO J., *Droit administratif*, op. cit., p. 10.

408 LOCHAK D. (dir.), *La Haute Administration et la politique*, PUF, 1986, p. 49.

409 DE GAULLE C., *Mémoires d'espoir*, in *Mémoires*, op. cit., p. 1131-1132.

410 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, op. cit., t. III, p. 101. Il aurait également ajouté : « Vous savez, le CEA a été infesté de communistes du temps de Joliot. J'espère qu'ils ont été écartés des services sensibles » (*ibid.*, t. III, p. 111).

411 REDEYLLET M., « L'alternance et les emplois à la discrétion du gouvernement », *AEAP*, 1981, p. 403.

politisation des fonctions publiques<sup>412</sup>. Ainsi, au Conseil des ministres du 15 juillet 1964, refusant l'idée de demander aux préfets d'intervenir contre des maires de gauche visiblement trop politisés, le général de Gaulle aurait répondu : « Ce n'est pas en demandant aux préfets d'être UNR qu'on redresse ces pratiques vicieuses [...]. La fonction publique doit être neutre<sup>413</sup>. » Mais l'on ne peut empêcher le soupçon ; et le même s'étonnait le 4 décembre 1963 que le recteur d'académie de Caen ait pris ses fonctions avant guerre : « Il n'est pas satisfaisant de penser qu'un fonctionnaire de haute responsabilité a traversé plusieurs régimes. On peut se demander quel régime il a servi et quel régime il a trahi<sup>414</sup>. »

Entre l'exigence de neutralité, le soupçon de trahison et l'aspiration à la loyauté, il arrive qu'on en attende peut-être trop de l'administration en réclamant finalement sa fidélité politique au pouvoir. C'est ce qu'on peut percevoir derrière les mots de Valéry Giscard d'Estaing, qu'il prononça au cours d'une conférence de presse du 14 juin 1978 : « Je cherche pour chaque fonction les meilleurs [...]. Je ne sais pas si les meilleurs ont en commun une préférence politique<sup>415</sup>. »

### *B) Le risque du spoils system*

L'exigence de fidélité, même politique, n'est pas en soi un élément problématique pour la très haute fonction publique : on peut comprendre qu'il faille aux emplois supérieurs – emplois à la charnière du politique et de l'administratif – des personnes convaincues par les idées du gouvernement dont ils auront à appliquer la politique. En réalité, cette exigence de fidélité pose problème lorsqu'elle sort du cadre purement administratif pour gagner les domaines économiques et juridiques, lorsqu'elle ne touche plus uniquement la tête de l'administration mais également des emplois techniques, lorsqu'elle conduit à une éviction massive des hommes en place, éviction qualifiée à juste titre de *spoils system*<sup>416</sup>.

Entre l'affirmation légitime de François Mitterrand selon laquelle il faut « qu'un certain nombre de leviers de commande soient tenus par des hommes et des femmes dont la pensée corresponde à celle de la majorité du pays<sup>417</sup> » et la provocation de Paul Quilès : « Il

---

412 Le Conseil d'État a pu ainsi affirmer dans l'arrêt *D<sup>lle</sup> Pasteau* (CE, 8 décembre 1948) l'existence d'un « devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public ». Ce principe de neutralité renvoie évidemment « à une éthique du service public et à la déontologie » de l'agent public et entretient donc « des rapports directs avec l'obligation de "loyalisme" ». En ce sens, son objectif premier est d'« éviter une trop grande politisation des fonctions publiques » (cf. GUGLIELMI G., *Droit du service public*, § 1185 sq., Montchrestien, 2011, 3<sup>e</sup> éd., p. 595-597).

413 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, op. cit., t. II, p. 155.

414 *Ibid.*, t. II, p. 157.

415 *Le Monde*, 16 juin 1978.

416 Expression issue de la phrase du sénateur Marcy, partisan du président Jackson, qui, appelant à l'éviction d'un grand nombre de fonctionnaires, aurait déclaré : *To the victor belong the spoils* (DELEST A., *De la nomination et de la révocation des fonctionnaires publics*, op. cit., p. 148-149).

417 *Le Monde*, 29 septembre 1981. « Ne doivent partir que ceux qui sabotent ! », Conseil des ministres, 3 juin 1981, ATTALI J., *Verbatim*, op. cit., t. I, p. 29.

ne faut pas dire “des têtes vont tomber”, comme Robespierre à la Convention, mais dire lesquelles et le dire rapidement<sup>418</sup> », il n’y a qu’un pas qui est celui du *spoils system*. Or, en 1981, c’est le « théorème de Quilès » qui a été mis en pratique par Anicet Le Pors, si bien qu’ont été renouvelés 46 % des directeurs d’administration centrale, entre le dernier trimestre de 1981 et le premier de 1982 (dont 18 membres du PS), 70 % en tout entre 1981 et 1983 et près de trois cents préfets entre 1981 et 1986<sup>419</sup>. C’est par son côté massif que le renouvellement des fonctionnaires sous la présidence Mitterrand a pu être qualifié de *spoils system*, bien qu’il y ait des opinions dissidentes dans la doctrine<sup>420</sup>. C’est évidemment les préfets qui souffrent parfois le plus de ces vastes mouvements : certains préfets hors cadres chargés d’une mission de service public peuvent rapidement perdre leurs fonctions (comme récemment, en décembre 2012, Renaud Bachy, marqué à droite<sup>421</sup>), d’autres sont mutés à d’autres emplois, comme Amaury de Saint-Quentin, chef de cabinet de Nicolas Sarkozy au secrétariat du RPR de 1998 à 1999, quittant ses fonctions de préfet de la région Guadeloupe pour la direction de l’agence régionale de santé de Haute-Normandie<sup>422</sup>.

Un renouvellement de personnels dirigeants peut également s’apparenter à du *spoils system* s’il touche des emplois de direction qui ne sont pas à proprement parler des emplois politico-administratifs. Ainsi, certains ont pu faire remonter la paternité du *spoils system* à la française non à l’époque mitterrandienne, mais à la présidence Giscard d’Estaing<sup>423</sup>, dans la mesure où, après la victoire de ce dernier aux présidentielles, des dirigeants des entreprises publiques qui avaient pris position en faveur de Jacques Chaban-Delmas ont été limogés : il en est ainsi de François Bloch-Lainé du Crédit lyonnais, d’Olivier Wormser de la Banque de France ou de Dominique de La Martinière de la Compagnie générale maritime<sup>424</sup>. Sous François Mitterrand, la nomination comme avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes de Simone Rozès, ancien chef de cabinet de Michel Debré et juge au tribunal de grande instance de Paris, a pu être analysée « comme la forme supérieure de la disgrâce<sup>425</sup> ». De même, après l’éviction des communistes du gouvernement en 1984, des voix se sont levées pour faire part de leur étonnement devant la nomination de Pierre Laurent à la présidence de la section du contentieux du Conseil d’État, « au moment où la désignation de M. Guy Braibant, dont on connaît la notoriété scientifique autant que l’engagement politique, semblait acquise<sup>426</sup> ».

---

418 *Le Monde*, 5 avril 1982 ; cf. CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires*, op. cit., p. 257.

419 PASSERON A., « Comment ils ont placé leurs amis », *Pouvoirs*, n° 40, 1987, p. 25-30.

420 Pour Danièle Lochak, il n’y a pas eu d’État-PS : « Ni par son ampleur, ni surtout par son rythme, le renouvellement des directeurs d’administration centrale n’a pris l’allure d’une épuration systématique dictée par un esprit de revanche », (LOCHAK D. [dir.], *La Haute Administration et la politique*, op. cit., p. 58).

421 *Le Monde*, 1<sup>er</sup> février 2013.

422 Décret du 14 mars 2013, *JO* du 15 mars 2013, p. 4559.

423 CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires*, op. cit., p. 256.

424 REDEYLLET M., « Les emplois à la discrétion du gouvernement », art. cité, p. 479.

425 *Le Monde*, 18 mars 1981 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 18, 1981.

426 *Le Monde*, 5 janvier 1985 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 34, 1985.



Une autre forme de *spoils system* peut s'analyser comme un renouvellement non des hautes fonctions publiques mais, par exemple, des fonctions subalternes de chef de service<sup>427</sup>. Il est évident que ces renouvellements sont opérés moins dans une finalité de loyauté de l'administration que dans un souci de « placer ses amis », pour reprendre l'expression d'André Passeron. Néanmoins, avec le développement des autorités administratives indépendantes, ces phénomènes se sont raréfiés. En effet, le décret du 9 janvier 2012 prévoit que les nominations des chefs de service et des sous-directeurs des autorités administratives indépendantes soient encadrées par le président de l'autorité administrative<sup>428</sup>.

La particularité française de ce *spoils system*, qui tient aux méthodes de formation des élites (notamment à l'ENA), est que les nouvelles personnes appelées à ces hautes fonctions publiques proviennent du même vivier que les « dépouilles » qu'ils remplacent : c'est ce que Jean-Louis Quermonne et après lui Dominique Chagnollaud appellent le « *spoils system* en circuit fermé<sup>429</sup> ».

## **II. Nomination et fonctions gouvernementales**

Entre administration loyale et *spoils system*, nous voyons donc que le pouvoir de nomination de l'Exécutif joue un rôle essentiel dans l'exercice de la fonction administrative. Il en va de même pour les fonctions gouvernementales au nombre desquelles on peut compter la diplomatie (A) et la défense nationale (B).

### *A) Ambassadeurs et ministres plénipotentiaires : la diplomatie*

Il ne s'agit nullement ici de détailler avec précision la manière dont l'Exécutif procède aux nominations des ambassadeurs ou des officiers, mais bien plutôt de montrer, en gardant une vue assez générale, que le lien qui lie le pouvoir de nomination à une fonction d'une importance aussi grande que la politique étrangère ou la défense nationale est toujours de nature politique : chaque personne est nommée pour accomplir une politique déterminée.

Le terme d'ambassadeur est relativement imprécis, car il désigne tantôt une dignité (ambassadeur de France), tantôt un emploi supérieur, celui de chef de mission diplomatique. Il ne correspond en tout cas jamais à un grade et par conséquent il n'est pas non plus un corps<sup>430</sup>. Des membres de certains corps ont toutefois une vocation naturelle à occuper les postes de chefs de mission diplomatique : c'est le cas des ministres plénipotentiaires ou des

---

427 CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires*, op. cit., p. 255.

428 Art. 7, décret n° 2012-32 du 9 janvier 2012 relatif aux emplois de chef de service et de sous-directeur des administrations de l'État, JO du 11 janvier 2012, texte n° 22.

429 CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires*, op. cit., p. 269.

430 OLSON T., « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », art. cité, p. 1899.

conseillers des Affaires étrangères<sup>431</sup>. Mais comme l'emploi de chef de mission diplomatique est un emploi supérieur laissé à la décision du gouvernement, il fait la plupart du temps l'objet de choix extrêmement politiques, et il suffit de voir les nominations des différents présidents pour s'en rendre compte : si le général de Gaulle nommait certes des personnes issues de la carrière diplomatique, il choisissait surtout ses proches collaborateurs (nous avons déjà évoqué les cas de Burin des Rozières et de Courcel<sup>432</sup>) ou des hommes de confiance, comme ses successeurs. Une rupture intervient tout de même en 1981 avec l'ouverture d'un tour extérieur pour le corps des ministres plénipotentiaires et le recours à un personnel étranger à la diplomatie pour les emplois de chef de mission diplomatique<sup>433</sup> : François Mitterrand a ainsi nommé Jacqueline Baudrier, journaliste, ambassadrice déléguée permanente de la France auprès de l'UNESCO en 1981, à qui a succédé l'avocate Gisèle Halimi en 1985. Il a pu nommer également Bernard Vernier-Palliez, président-directeur général de Renault, ambassadeur aux États-Unis en 1982, ou encore, en 1983, Pierre Guidoni, membre du PS, ambassadeur en Espagne.

Toutes ces nominations traduisent bien sûr une volonté politique et l'exemple le plus éloquent en la matière serait sans doute celui de Jacques Foccart. Par lui, le général de Gaulle va mettre en place sa diplomatie de rapprochement entre les anciens pays de l'Union française et la France, afin, a-t-on pu dire, de conserver une certaine indépendance énergétique après la perte de l'Algérie. Foccart plaçait lui-même des agents du Service de documentation extérieure et de contre-espionnage (SDECE) dans chaque ambassade d'Afrique « sous la couverture d'un attaché quelconque<sup>434</sup> » pour en permanence obtenir des informations<sup>435</sup>. On a ici affaire à un double jeu de nomination servant la fonction diplomatique : la nomination des ambassadeurs et des membres ambassades et la nomination des conseillers du Président.

Dans une tout autre mesure, si les nominations des chefs de mission diplomatique traduisent une volonté politique et servent de bras diplomatique au président de la République dans chaque ambassade, leur révocation n'en témoigne pas moins : l'ambassadeur de France à

---

431 Décret n° 69-222 du 6 mars 1969 *relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires*, JO du 13 mars 1969, p. 2579.

432 Et il serait possible d'en citer de nombreux autres comme Armand Bérard à Rome, Lucien Paye en Chine ou René Brouillet au Vatican, cf. DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 403.

433 CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires*, op. cit., p. 263.

434 COHEN S., *Les Conseillers du Président*, op. cit., p. 157.

435 Jacques Foccart, dans son Journal, se défend évidemment d'une quelconque liaison avec le SDECE. Il évoque simplement certaines raisons qui l'ont amené à « être au courant de faits qu'[il] n'aurait pas dû, normalement, connaître », (in *Tous les soirs avec de Gaulle*, Fayard, 1997, p. 334). En règle générale, son Journal montre bien comment de Gaulle orchestre la diplomatie entre ses ambassadeurs, ses conseillers (notamment Burin des Rozières, pour les relations internationales, et Foccart, pour les relations africaines) et ses ministres (Couve de Murville, aux Affaires étrangères, et Raymond Triboulet, ministre délégué à la Coopération).

Tunis, Boris Boillon, qualifié de « Sarko-boy » par les médias, a été « appelé à d'autres fonctions », selon l'expression consacrée, dès le 24 août 2012<sup>436</sup>.

### *B) Les officiers généraux et la défense nationale*

Nul n'est besoin ici de réitérer le propos précédent : la défense nationale est considérée comme l'une des prérogatives régaliennes par excellence attachées au président de la République. Comme les chefs de mission diplomatique, les emplois d'officiers généraux et la composition des maisons civile et militaire de la Présidence sont laissés à la grande discrétion du chef de l'État<sup>437</sup>, agissant en qualité de chef des armées (article 15 de la Constitution), bien que certaines de ces nominations se fassent en Conseil des ministres. Le rôle de la nomination dans cette fonction gouvernementale joue donc pleinement. En premier lieu, contrairement aux autres ministres, le ministre de la Défense n'est pas réellement proposé par le Premier ministre : « Il a été entendu, dès les débuts de la V<sup>e</sup> République, que le choix de l'occupant de l'hôtel de Brienne relevait plus du chef de l'État que du Premier ministre<sup>438</sup>. » Le chef des armées a donc « son » ministre, à qui il envoie directement ses instructions, qu'il reçoit pour un entretien hebdomadaire à l'Élysée (au moins jusqu'à la présidence Sarkozy) et qu'il conserve enfin malgré les aléas des remaniements ministériels<sup>439</sup>.

Après le ministre de la Défense, les maisons civile et militaire, renommées états-majors particulier et militaire en 1958, sont également du ressort exclusif du président de la République. Ainsi, des conflits au temps de la cohabitation Mitterrand-Chirac témoignent de la supériorité de la Présidence en la matière : alors qu'André Giraud, ministre de la Défense du gouvernement de Jacques Chirac, cherchait à remplacer le général Saulnier, chef d'état-major des armées, allant jusqu'à le rayer des listes des militaires décorés, et que Jacques Chirac lui-même était d'accord pour l'envoyer rue de Cambon (moyennant une promotion de son conseiller Jean Picq), le président Mitterrand réussit à conserver Saulnier jusqu'à la fin de son propre mandat, puis, après sa réélection en 1988, à lui offrir à sa demande une place à la Cour des comptes, sans payer le prix exigé à ce moment-là par Jacques Chirac<sup>440</sup>.

Si des études assez riches ont pu être menées sur la composition des états-majors, il n'en est pas de même des nominations plus classiques des officiers généraux qui, pourtant, témoignent aussi d'une stratégie politique voulue par les présidents de la République. Ainsi, Jean Duport a pu montrer que les nominations du général de Gaulle s'inséraient « dans une

---

436 Décret du 24 août 2012, JO du 26 août 2012, texte n° 14.

437 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 400.

438 MASSOT J., *Le Chef de l'État, chef des armées*, op. cit., p. 65.

439 « Georges Pompidou hériterait ainsi en 1962 de Pierre Messmer, le même qui, une fois Premier ministre, devra garder en 1972 Michel Debré rue Saint-Dominique ; Raymond Barre héritera en 1976 d'Yvon Bourges ; Laurent Fabius en 1984 de Charles Hernu ; Édith Cresson en 1991 et Pierre Bérégovoy en 1992 conserveront Pierre Joxe ; et Dominique de Villepin fera de même en 2005 avec Michèle Alliot-Marie », *ibid.*, p. 66.

440 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, op. cit., t. II, p. 498-500.

perspective politique : en fonction des objectifs qu'il se fixe, il ébauche des plans de carrière précis pour les hommes qu'il connaît<sup>441</sup> ». Les opérations en Algérie de 1958 à 1962 peuvent se lire au travers du filtre du pouvoir de nomination : à la fin de l'année 1958, le général de Gaulle cherche à écarter le général Salan en lui proposant d'être haut commissaire et ambassadeur du Japon, étant donné le goût que Raoul Salan cultivait pour l'Extrême-Orient. Après le refus de ce dernier, il finit par le nommer inspecteur de la Défense nationale en décembre et gouverneur militaire de Paris en février 1959. Ce même jeu de nominations servant sa politique de défense, le général de Gaulle l'exécute pour Edmond Jouhaud, Maurice Challe, Jean Crepin, Jean Olié et Jacques Massu au point que cette « politique de nomination [...] n'a pas peu contribué au règlement final de l'affaire algérienne<sup>442</sup> ».

Aussi voyons-nous que c'est par la nomination que l'Exécutif parvient à exercer les fonctions administratives et gouvernementales qui lui sont intimement attachées. Mais ce même pouvoir, selon le charisme et l'autorité des hommes incarnant l'Exécutif, peut lui permettre d'exercer d'autres fonctions juridiques, non plus directement mais par voie d'influence.

## ***Section 2 : L'exercice matériel des autres fonctions juridiques***

Si l'Exécutif exerce à l'aide du pouvoir de nomination les fonctions juridiques qui lui sont attribuées par les textes, selon un mécanisme fort simple (la personne nommée mettant à la disposition de l'Exécutif ses propres pouvoirs), il est tout à fait possible de penser que ce même mécanisme engendre des conséquences similaires sur des fonctions qui échappent à l'Exécutif, mais dont ce dernier nomme pourtant certains titulaires. Il en va ainsi de la fonction législative (1.2.1) et de la fonction juridictionnelle (1.2.2) sur lesquelles l'Exécutif exerce une réelle magistrature d'influence. Nous verrons donc que la « faculté souveraine de nominations [...] charrie la ressource occulte de s'immiscer dans celle des autres<sup>443</sup> ».

### **I. L'influence sur la fonction législative**

L'Exécutif peut, par la nomination, avoir une certaine influence sur la fonction législative, influence qui soulève le problème du rapport entre pouvoir de nomination et séparation des pouvoirs : soit il nomme des parlementaires en mission (A), soit il nomme des parlementaires en activité conseillers à la Présidence (B).

---

441 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 405.

442 *Ibid.*, t. II, p. 406.

443 TAFANI P., *Les Clientèles politiques en France*, Monaco, Le Rocher, 2003, p. 291.

*A) La nomination des parlementaires en mission*

L'article LO 144 du Code électoral, issu d'une ordonnance du 24 octobre 1958, dispose sommairement 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 mois<sup>444</sup> » et il semblerait que la doctrine n'ait pas cherché outre mesure à combler le tacite de la formulation.

Si l'institution ne date pas de la V<sup>e</sup> République, ses finalités ont pu grandement évoluer : tandis qu'elle était un moyen pour le Parlement d'exercer sa puissance sous les régimes antérieurs, elle est devenue « une faveur émanant d'un gouvernement qui se sent suffisamment fort pour la consentir<sup>445</sup> ». Jamais utilisée au début de la V<sup>e</sup> République, elle le fut à partir de 1973, à la suite de la déclaration de politique générale de Pierre Messmer, dans laquelle il indiquait que pour « mieux associer les parlementaires à l'action du gouvernement », il entendait « confier à un certain nombre de députés et de sénateurs des missions temporaires, auprès des principaux ministres<sup>446</sup> ». Concrètement, il s'agit de donner aux parlementaires des missions administratives ou gouvernementales relevant normalement du pouvoir exécutif : que ce soit de « simples études sur des problèmes particuliers qui se posent à l'État » (le statut juridique du jeu vidéo) ou « l'exercice d'une véritable fonction administrative d'autorité<sup>447</sup> » (la présidence d'un groupement interministériel).

Bien évidemment, cette première approche pose la question des éventuelles incompatibilités entre le mandat de député et la mission parlementaire, étant donné que les fonctions publiques non électives (art. LO 142 du Code électoral) tout comme les fonctions gouvernementales (art. 23 de la Constitution) sont des obstacles traditionnels au cumul des fonctions. Ces incompatibilités ont pour but « d'assurer le fonctionnement loyal du régime parlementaire par l'indépendance de l'élu [et] d'empêcher le fonctionnaire, investi d'un mandat parlementaire, de s'appuyer sur ce mandat pour résister à l'ordre de ses supérieurs, contrairement à l'intérêt de la hiérarchie du service<sup>448</sup> ». Dans ces conditions, inclus dans le chapitre IV « Incompatibilités » du titre II du livre premier du Code électoral, l'article LO 144 est donc une exception à la règle.

Bien que cette exception crée un point de contact juridiquement accepté entre les fonctions gouvernementales et la fonction législative, sa mise en œuvre n'est pas forcément

---

444 Il en va de même pour les sénateurs, cf. art. LO 297, Code électoral.

445 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, Presses universitaires de Lyon, 1980, p. 13.

446 Séance du 3 octobre 1972, JO du 4 octobre 1972, p. 3884.

447 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, op. cit., p. 9. Même si « une mission [...] d'étude comporte souvent l'exercice d'une autorité sur le personnel détaché au service du parlementaire », *ibid.*, p. 62.

448 SILVERA V., « Les parlementaires en mission », *RA*, 1973, p. 409.

des plus transparentes : si, d'après l'article du Code électoral, c'est le gouvernement qui confie la mission (par décret du Premier ministre habituellement), il arrive parfois que le Président lui-même désigne des parlementaires, comme ce fut le cas pour la mission très controversée de Robert Fabre, qui lui valut l'exclusion du MRG en 1978. Mais il existe des montages plus étonnants encore : le député Yvan Lachaud pose une question au Premier ministre le 21 septembre 2010 concernant la rémunération des parlementaires en mission ; le 21 décembre 2010, il reçoit une lettre de mission de Nicolas Sarkozy sur la délinquance des mineurs et lui remet un rapport le 5 mai 2011, puis un décret du Premier ministre intervient le 22 juillet 2011 pour lui confier officiellement une mission sur « les modalités de création des brigades de police spécialisées dans la prise en charge des mineurs délinquants », qu'il achève le 21 janvier 2012. 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 conférée par le Premier ministre est venue régulariser la mission confiée matériellement par le Président.

Outre le cumul des rémunérations que cette pratique implique<sup>449</sup>, « l'institution met en cause le principe de séparation des pouvoirs<sup>450</sup> ». Certes, l'acte de nomination n'est pas inattaquable et doit respecter la légalité<sup>451</sup>, mais le droit ne peut pas saisir ce qui est de l'ordre de la pure influence. Gilles Zalma a pu ainsi montrer que sous la présidence Giscard d'Estaing, ces nominations visaient à « donner une distinction particulière à certains parlementaires susceptibles d'assurer à l'Exécutif le plus large soutien au sein des assemblées<sup>452</sup> » et, effectivement, il suffit de faire le bilan de ces désignations entre 1973 et 2005 pour se rendre compte de ce que sur trois cent soixante-douze parlementaires, quarante-trois sont devenus membres du gouvernement. On comprend qu'il ait été possible de parler dans ce cas d'une véritable « filière gouvernementale<sup>453</sup> ».

### *B) Des parlementaires à l'Élysée*

Dans la même logique, mais de manière plus anecdotique, des parlementaires peuvent avoir leur bureau à l'Élysée : ils continuent d'exercer leurs fonctions de parlementaire tout en étant conseillers à la Présidence, la plupart de manière officieuse, c'est-à-dire sans arrêté de nomination publié au *Journal officiel*.

---

449 Une mission était en moyenne rémunérée au moins 2 000 euros mensuels (question écrite n° 88833) avant que le décret n° 2011-142 du 3 février 2011 ne vienne, par son article 3, encadrer cette rémunération : elle constitue ou une indemnité forfaitaire de 1 500 euros, ou une mensualité de 300 euros.

450 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, op. cit., p. 10.

451 CE, Sect., 25 septembre 1998, *Mégrez* : le décret portant nomination d'un parlementaire en mission n'est pas un acte de gouvernement, mais le contrôle du détournement de pouvoir s'effectue au regard du rapport de mission produit.

452 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, op. cit., p. 69-70.

453 CCF, *Pouvoirs*, n° 98, 2001 ; pour le bilan, cf. CCF, *Pouvoirs*, n° 118, 2006.

Il en est ainsi de Michel Charasse dès 1981 : sénateur du Puy-de-Dôme, maire du Puy-Guillaume, il est nommé conseiller à l'Élysée dès l'arrivée au pouvoir de François Mitterrand. En 1995, Jacques Chirac en fait de même avec Maurice Ulrich et Alain Devaquet, respectivement sénateur et député de Paris<sup>454</sup>. Et Jean Gicquel et Pierre Avril de noter : « Aucun texte ne s'y oppose, mais le principe de séparation des pouvoirs devrait interdire de telles pratiques<sup>455</sup>. »

Effectivement, il est impossible de séparer véritablement l'homme de la fonction et ces parlementaires doivent vraisemblablement effectuer une mission d'information réciproque : profitant de leur droit d'entrée au Parlement, ils peuvent informer le Président des mouvements parlementaires et, en contact permanent avec l'Exécutif, ils peuvent orienter les membres de leur groupe parlementaire et les inviter à soutenir tel ou tel projet de loi. Ce que Pierre Vellas applique au Congrès des États-Unis dans son article sur la magistrature d'influence est donc tout aussi valable pour le Parlement français : « Il ne faut pas méconnaître que l'Administration [...] permet d'établir une liaison étroite entre la Présidence et le Congrès par l'usage d'une politique de nominations<sup>456</sup>. »

Nous voyons par conséquent, sans porter aucun jugement de valeur, que, par les parlementaires en mission et la nomination de parlementaires officieux à l'Élysée, l'Exécutif entretient un réseau d'influences qui lui permet d'intervenir indirectement dans la fonction législative.

## **II. L'influence sur la fonction juridictionnelle**

Ce même rapport entre pouvoir de nomination et intervention indirecte par l'exercice d'une magistrature d'influence se retrouve dans le cas de la fonction juridictionnelle : la nomination de certains magistrats peut résulter d'une politique judiciaire (A), ce que mettent au jour les liens entre le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) et l'Exécutif (B).

### *A) La nomination des magistrats*

Examiner l'économie générale des nominations à la magistrature n'est évidemment pas l'objet de cette étude : il s'agit plutôt de mettre l'accent sur un système institutionnel qui permet, par le jeu de la nomination, de déceler une intervention de l'Exécutif dans la fonction juridictionnelle.

---

454 « Jacques Chirac impose son style à la résidence de la République », *Le Monde*, 28 juin 1995.

455 CCF, *Pouvoirs*, n° 75, 1995.

456 VELLAS P., « La Présidence Eisenhower, magistrature d'influence ? », art. cité, p. 17.

La procédure initiale de l'article 65 de la Constitution prévoyait que les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation et celles des premiers présidents de cour d'appel soient faites sur proposition du CSM, les autres nominations des magistrats du siège n'étant soumises qu'à son avis simple. En revanche, aucune disposition constitutionnelle n'était prévue pour les magistrats du parquet<sup>457</sup>. La révision du 28 juillet 1993, en distinguant deux formations (l'une du siège, l'autre du parquet), a conditionné ces nominations à l'avis simple de la formation compétente à l'égard du parquet, sauf pour les nominations prises en Conseil des ministres (les postes de procureurs généraux), a soumis à proposition les nominations des présidents de TGI et a élevé l'avis pour les nominations des autres magistrats du siège au rang d'avis conforme. Enfin, la révision du 23 juillet 2008 est venue lever le dernier obstacle en soumettant les postes de procureurs généraux à l'avis simple de la formation compétente à l'égard du parquet.

Si le système fonctionnait « avec beaucoup de sérieux et sans susciter de conflit<sup>458</sup> » tout au début de la V<sup>e</sup> République, des voix se sont rapidement fait entendre, qui soulignaient le manque d'indépendance de la magistrature, thème qui depuis lors est devenu un marronnier des revues de droit. Ici, il ne s'agit donc nullement de faire concurrence aux articles à sensation<sup>459</sup>, mais de montrer à travers quatre exemples comment le régime disciplinaire applicable aux magistrats peut, par le pouvoir de nomination, traduire ou trahir une volonté politique. Le déplacement d'office, pris dans des formes variables, ou encore la mutation-sanction<sup>460</sup> en sont de particulièrement bons témoignages.

En pleine affaire Ben Barka, Serge Fuster, *alias* Casamayor, conseiller à la cour d'appel de Paris, critique, dans un article du 9 février 1966<sup>461</sup>, l'ordonnance de non-lieu rendue sur la mort de Georges Figon : il fait immédiatement l'objet d'une mesure de suspension, prise par Jean Foyer sur le fondement de l'article 47 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958. Cette mesure avait, à l'époque, suscité une vive polémique<sup>462</sup>.

De même, Monique Guémann, premier substitut à Draguignan, avait pris publiquement position à la suite de l'extradition de Klaus Croissant, un proche de la bande à Baader. Elle avait peu après fait l'objet d'une mutation-sanction avec abaissement d'échelon,

---

457 Cf. MARTIN A., « Le Conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance des juges », *RDP*, 1997-3, p. 772-775.

458 Selon Jean Duport, qui s'inspire des commentaires de Marcel Waline ; cf. DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, *op. cit.*, t. II, p. 439.

459 Cf. ROUSSEL V., « Les magistrats dans les scandales politiques », *Revue française de science politique*, 1998, n° 48, p. 245-273.

460 Cf. l'article 45 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958 listant les sanctions disciplinaires applicables aux magistrats.

461 « La leçon des morts », *Le Monde*, 9 février 1966.

462 « La mesure prise contre M. Serge Fuster (Casamayor) suscite de nombreuses et vives protestations », *Le Monde*, 15 février 1966.



après avis favorable de la commission consultative du parquet. Le syndicat de la magistrature avait évidemment dénoncé « une mutation autoritaire, sinon politique<sup>463</sup> ».

Plus récemment, en 2009, le procureur général près la cour d'appel de Riom, Marc Robert, s'était insurgé contre la réforme de la carte judiciaire et la possible suppression du juge d'instruction. Rachida Dati avait procédé à une curieuse « mutation-sanction » : le 4 juin 2009, elle avait retiré de l'ordre du jour du CSM le projet de nomination de Marc Robert en tant qu'avocat général près la Cour de cassation, si bien que, pour simplifier, le décret avait été signé et publié sans que le CSM ait pu prononcer son avis<sup>464</sup>. Le Conseil d'État avait par conséquent annulé le décret de nomination dans un arrêt du 30 décembre 2010<sup>465</sup>.

Enfin, Philippe Courroye, procureur près le tribunal de grande instance de Nanterre, célèbre pour son rôle dans l'affaire Bettencourt, est nommé avocat général près la Cour d'appel de Paris le 3 août 2012, dans l'intérêt du service, selon l'expression consacrée, intérêt qui cache en réalité, selon lui, une sanction<sup>466</sup>.

### *B) Les liens entre l'Exécutif et le CSM*

Nous voyons donc que l'Exécutif peut, par son pouvoir de nomination, imprimer une certaine politique juridictionnelle. Néanmoins, celle-ci ne peut se réaliser qu'avec l'accord et sous le contrôle du CSM, dont le chef de l'État fut pendant longtemps le président<sup>467</sup>. Cette intrication du CSM et de l'Exécutif en matière de nominations conduit bien souvent à de nombreuses tractations.

Jusqu'en 1993, le président de la République nommait, selon diverses modalités lui laissant une plus ou moins grande marge d'appréciation, les neuf membres du CSM : ce qui réduisait les cas d'ouverture de conflit, étant entendu, comme nous l'avons montré, que les nominations du chef de l'État faites sur proposition d'une autorité elle-même nommée par l'Exécutif ne sont en réalité que des nominations discrétionnaires indirectes. À partir de 1993 et la large refonte constitutionnelle de l'article 65, le chef de l'État ne nommait plus qu'une seule personnalité qualifiée avant que la révision de 2008, doublant le nombre de

---

463 *Le Monde*, 16-18 novembre 1993 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 69, 1993.

464 « La nomination des magistrats du siège et du parquet », *JCP G*, n° 28, 6 juillet 2009, p. 90.

465 CE, Sect., 30 décembre 2010, *Marc Robert*, n° 329513, *Gaz. Pal.*, 2011-1, p. 16-23.

466 « Le Conseil d'État rejette la demande de suspension de la mutation du juge Courroye », *Le Monde*, 12 septembre 2012 ; cf. également CE, Ord., 12 septembre 2012, *M. Courroye*.

467 La révision de 2008 confie effectivement la présidence au premier président de la Cour de cassation, que peut suppléer le procureur général près cette cour. La conception gaullienne de la présidence du CSM était le signe d'une forte présence de l'Exécutif sur l'ensemble des nominations : « À l'Élysée, je préside le Conseil supérieur de la magistrature, dont le secrétariat général est assuré auprès de moi par Pierre Chabrand. Là me sont rapportées, en vue des nominations, affectations, distinctions, que j'aurai à décréter, les propositions adressées par le garde des Sceaux ou par la Cour de cassation » (DE GAULLE C., *Mémoires d'espoir*, in *Mémoires*, op. cit., p. 1128).

personnalités qualifiées, ne vînt lui en accorder la nomination d'une de plus. Globalement, à partir de la révision de 1993, les conflits commencent à apparaître du fait de l'indépendance progressive du CSM.

Le premier « manquement à la tradition » survient le 1<sup>er</sup> août 1995 : Jacques Chirac nomme Yves Bot, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, contre l'avis de la formation du parquet<sup>468</sup>, sans que l'on sache réellement si le manquement à la tradition réside dans cette nomination contre avis ou dans le caractère défavorable de l'avis lui-même qui résulte de la plus grande indépendance du CSM.

Pour prévenir ces conflits, les nominations font alors l'objet de tractations entre l'Exécutif et le CSM : en 1996, afin de reclasser Alexandre Benmakhlouf, directeur de cabinet de Jacques Toubon, Jacques Chirac et son garde des Sceaux cherchent à libérer un poste de procureur général près la cour d'appel de Paris : par un jeu de chaises musicales, ils entendent donc nommer Pierre Truche à la première présidence de la Cour de cassation, lequel laisserait une place de procureur général près cette même cour, place que pourrait briguer à son tour Jean-François Burgelin, le titulaire du poste de procureur général près la cour d'appel de Paris<sup>469</sup>. Si cette opération s'est finalement déroulée comme convenu (à la différence près que le poste initialement désiré par Alexandre Benmakhlouf, celui de premier président près la cour d'appel de Paris, lui a été refusé par le CSM), elle s'est faite les armes à la main dans chaque camp : pouvoir de proposition du CSM contre droit de veto de l'Exécutif<sup>470</sup>.

Les nominations au parquet sont les plus appropriées à la politique juridictionnelle de l'Exécutif, compte tenu de la plus grande discrétion laissée au pouvoir de nomination : entre 1993 et 2000, sur deux mille sept projets de nomination, seulement cinquante-quatre avis ont été défavorables et l'Exécutif a passé outre à sept reprises<sup>471</sup>. Une convention avait été mise en place avec l'arrivée de Lionel Jospin au pouvoir, convention qui visait à prendre les avis simples du CSM pour des avis conformes en fait<sup>472</sup>. Le changement de législature et de gouvernement en 2002 a conduit à rompre avec cette convention, Dominique Perben ayant déclaré que « le gouvernement [devait] assumer ses responsabilités<sup>473</sup> ».

Toutefois, dans la mise en place de cette politique juridictionnelle, certaines limites tenant au régime de la nomination encadrent l'Exécutif. Traditionnellement, les directeurs de cabinet des gardes des Sceaux trouvent des reclassements honorables au sein de la

---

468 *Le Monde*, 4 août 1995 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 76, 1995.

469 « La guerre Élysée-magistrats », *L'Express*, 18 juillet 1996.

470 CCF, *Pouvoirs*, n° 80, 1996. Pour une autre polémique concernant une nomination proposée par Élisabeth Guigou et refusée par le CSM, cf. CCF, *Pouvoirs*, n° 95, 2000.

471 Question n° 42796, *JO* du 6 mars 2000, p. 1415 ; Réponse, *JO* du 4 septembre 2000, p. 5163.

472 Discours de politique générale de Lionel Jospin, 19 juin 1997.

473 *Le Figaro*, 20 décembre 2002 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 105, 2002.

magistrature<sup>474</sup>, reclassements qui doivent bien évidemment s'opérer dans la limite de la légalité : François Molins, directeur de cabinet de Michèle Alliot-Marie et de Michel Mercier, avait été nommé par décret du 20 octobre 2009 avocat général près la Cour de cassation alors même qu'il était resté à la direction du cabinet du garde des Sceaux. Le Conseil d'État, saisi par le syndicat de la magistrature, a considéré que « cette nomination [n'était] pas intervenue en vue de pourvoir un emploi vacant », que « dans ces conditions [...] le décret du 20 octobre 2009 présente le caractère d'une nomination pour ordre<sup>475</sup> » et qu'il devait par conséquent être déclaré nul et non avenu.

\*

Les finalités du pouvoir de nomination de l'Exécutif apparaissent donc complexes : si ce pouvoir sert essentiellement à répondre aux exigences de la fonction exécutive (comprise soit comme une fonction administrative, soit comme une fonction gouvernementale), en permettant à l'Exécutif de nommer les propres relais de sa politique, les mêmes mécanismes jouent pleinement leur rôle pour les autres fonctions juridiques de l'État. Ainsi, honorer un parlementaire d'une mission ou nommer un magistrat, c'est toujours, en quelque sorte, exercer par influence une fonction législative ou une fonction juridictionnelle. Le pouvoir de nomination est donc *multifonctionnel*.

Mais cette magistrature d'influence qui est laissée à l'Exécutif et surtout, par voie de captation, au chef de l'État, révèle également d'autres finalités du pouvoir de nomination, des finalités plus politiques qui trahissent un véritable *pouvoir de patronage* échu au Président.

---

474 Ce fut le cas de Jean-François Burgelin et de Laurent Le Mesle, entre autres.

475 CE, Sect., 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature*, n° 354218, *Gaz. Pal.*, 2013-2, p. 19-20.

## **Chapitre 2 : Les fonctions politiques liées au pouvoir de nomination**

Si le pouvoir de nomination conditionne l'exercice des fonctions juridiques, comme nous l'avons montré, il semblerait que ce même pouvoir permette de répondre également à des finalités purement politiques. Afin d'analyser la nomination dans sa globalité, il faudrait désormais tâcher de comprendre non pas tant son régime juridique – que l'on vient d'apprécier –, mais son régime politique. Cette appréhension politique du pouvoir de nomination (Section 1), d'un pouvoir à la charnière du droit et de la science politique, permet d'esquisser les fonctions qui lui sont attachées : des fonctions d'information et de contrôle des différentes sphères de la société, dont l'efficacité repose essentiellement sur l'entretien régulier d'un réseau de notabilité (Section 2). Information, contrôle et réseau de notabilité sont les caractéristiques essentielles du pouvoir de nomination, pris sous son angle politique, et telles sont bien les caractéristiques de ce qu'il est possible d'appeler un *pouvoir de patronage*.

### ***Section 1 : L'appréhension politique du pouvoir de nomination***

Que le pouvoir de nomination soit un pouvoir politique, il suffit de prêter l'oreille aux principaux discours des membres de l'Exécutif pour s'en convaincre : les nominations ont avant tout une fonction de communication (I). Mais derrière cette communication perce une autre fonction politique, dont l'objectif est d'alimenter l'information et d'assurer le contrôle des secteurs clés (II).

#### **I. Nomination et communication**

La fonction de communication liée au pouvoir de nomination est double : elle consiste à affirmer l'importance de ce pouvoir pour mieux en préserver l'impartialité et prévenir ainsi toute contestation (A), mais elle permet aussi de communiquer sur les grands idéaux animant la politique des différents gouvernements, notamment en matière de discrimination positive (B).

*A) Communiquer sur les nominations : l'État impartial*

Il est un fait avéré qu'à mesure que se sont politisées les nominations à partir de la présidence Giscard d'Estaing les hommes politiques ont dû davantage communiquer sur celles-ci.

En effet, alors que le général de Gaulle pouvait déclarer sans ambages en 1964 que « le Président [...] nomme aux emplois publics<sup>476</sup> », nous avons vu que Valéry Giscard d'Estaing avait dû, au cours d'une conférence de presse donnée le 14 juin 1978, répondre à plusieurs questions tenant au caractère partisan des nominations qui avaient été prises. Il s'était finalement agacé de ces allusions, au point de répondre qu'il choisissait toujours les meilleurs, dont il ne savait s'ils avaient « en commun une préférence politique » et, prenant à parti un journaliste : « vous n'avez qu'à voir que, dans toutes les nominations qui ont eu lieu au cours des dernières années », il n'a toujours été question que de nommer les meilleurs. Cette rhétorique a depuis lors été abondamment utilisée, selon un schéma cyclique assez simple : l'annonce de l'impartialité des futures nominations puis, quelques années plus tard, la dénégation des nominations partisans et, enfin, la critique par le successeur des nominations de son prédécesseur.

Ainsi, en avril 1988, dans sa *Lettre à tous les Français*, François Mitterrand évoquait la création du futur conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en annonçant que « la composition de ce conseil échappe[rait] aux influences politiques directes ou indirectes » et en se félicitant de ce que la Haute Autorité (l'ancêtre du CSA) en 1982 avait permis de sortir du système audiovisuel où « l'État était le seul maître à bord », prérogative dont « il [...] usait et abusait<sup>477</sup> ». Michel Rocard avait alors pu déclarer, lors de sa prise de fonction, qu'il veillerait à ce que « la désignation des titulaires d'emplois publics » se fasse sans autre distinction que celle des vertus et des talents<sup>478</sup>, affirmation que démentit bien évidemment Édouard Balladur, lors de sa déclaration de politique générale le 8 avril 1993 : « Dépolitiser les nominations et les avancements doit être une tâche prioritaire afin que l'État soit rendu aux citoyens. » Il entendait prôner par là, notamment, sa réforme du tour extérieur et assurer les parlementaires qu'il s'abstiendrait « de procéder, dans les trois mois précédant une échéance nationale, législative ou présidentielle, à toute nomination qui ne serait pas indispensable à l'intérêt du service<sup>479</sup> ». Ce thème de la « dépolitisation » sera décliné sous la forme de « l'impartialité de l'État » et repris par Jacques Chirac, au moment de son investiture : il promettait, entre autres, de ne plus accepter que « soient nommés à la tête d'entreprises de

---

476 Conférence de presse, 31 janvier 1964.

477 MITTERRAND F., *Lettre à tous les Français*, avril 1988.

478 CHAGNOLLAUD D., *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires*, op. cit., p. 257.

479 Déclaration de politique générale, 8 avril 1993. Visiblement, avec deux cent quarante-huit nouvelles nominations en Conseil des ministres en moins d'une année, cette annonce aurait été vivement remise en cause par l'opposition (cf. SCHRAMMECK O., « Influences politiques et garanties juridiques », art. cité, p. 429).

hauts fonctionnaires issus d'administrations chargées de leur contrôle<sup>480</sup> », avant d'ajouter un an plus tard que « toutes les nominations dans le corps préfectoral se sont faites uniquement sur la base de critères professionnels<sup>481</sup> ». Ce qui n'empêchera pas Lionel Jospin, lors de sa déclaration de politique générale d'annoncer qu'il ferait mieux respecter l'impératif d'impartialité de l'État, impératif qui « s'appliquera aux nominations individuelles qui seront décidées<sup>482</sup> ». Nicolas Sarkozy en appellera à son tour à cette même impartialité de l'État en déclarant, à Épinal en 2007, vouloir « sortir de la République des connivences pour rentrer dans la République des compétences<sup>483</sup> », connivences que lui a pourtant reprochées François Hollande dans sa longue anaphore « moi président<sup>484</sup> ».

Nous voyons donc que la fonction de communication liée au pouvoir de nomination a pour but de convaincre de l'impartialité des nominations, et nous pourrions multiplier les exemples de ce qu'il est convenu d'appeler des « coups de com' » : Laurent Fabius annonçant qu'il nommerait parlementaire en mission à ses côtés un membre de l'opposition<sup>485</sup>, Nicolas Sarkozy nommant Michel Charasse au Conseil constitutionnel<sup>486</sup> et Didier Migaud à la présidence de la Cour des comptes, ou encore, plus récemment, le refus annoncé de nommer aux emplois vacants à la fin de son mandat présidentiel<sup>487</sup>.

### *B) Communiquer par les nominations : discrimination positive*

S'il faut donc au personnel politique communiquer sur les nominations, il lui est aussi loisible de communiquer *par* les nominations. Deux exemples touchant à la discrimination positive l'illustrent : les nominations selon des critères sexuels et les nominations selon des critères raciaux.

En effet, alors que la condition féminine avait été une des thématiques de la campagne socialiste de 1981<sup>488</sup>, thème qui s'était concrétisé par la création d'un ministère délégué aux Droits de la femme, de nombreuses nominations sont venues accompagner ce mouvement égalitariste, nominations qui ont été particulièrement remarquées par la presse.

---

480 *Le Figaro*, 22 mai 1995 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 75, 1995.

481 *Le Monde*, 14 juin 1996 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 79, 1996.

482 Déclaration de politique générale, 19 juin 1997.

483 Discours d'Épinal, 12 juillet 2007. Et de réitérer en septembre : « Je ne veux pas d'État UMP. Je ne veux pas de nomination de complaisance », *TF1*, 20 septembre 2007.

484 « Moi président de la République, je n'aurai pas la prétention de nommer les directeurs des chaînes de télévisions publiques », *Le Nouvel Obs*, 3 mai 2012.

485 Déclaration de politique générale.

486 « Imaginez que nous ayons nommé, avec MM. Accoyer et Larcher, trois UMP... Imaginez la tension que cela aurait créée ! Aujourd'hui, les choses ont changé. Les nominations de si grande proximité ne seraient plus acceptées... Je suis prêt à créer un léger sentiment d'incompréhension momentanée pour inscrire... la démocratie française dans l'exemplarité. C'est un choix de société majeur », *Le Figaro magazine*, 12 mars 2010 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 134, 2010.

487 « Nicolas Sarkozy suspend les nominations importantes jusqu'à la présidentielle », *Le Monde*, 11 janvier 2012.

488 Cf. *Quel président pour les femmes ? Réponse de François Mitterrand*, Gallimard, 1981.

Ainsi, pour la première fois, une femme (Yvette Chassagne) était nommée à un emploi de préfet en 1981<sup>489</sup>. De même, Simone Rozès fut la première femme à devenir premier président de la Cour de cassation en 1983<sup>490</sup>, tout comme le lieutenant-colonel Monique Olivier, qui devient, en 1983 également, la première femme nommée à un poste d'attaché militaire à l'ambassade de France aux États-Unis<sup>491</sup>.

Cette discrimination positive par la nomination, qui a pu être commentée par la doctrine<sup>492</sup>, a été également pratiquée selon des critères raciaux ou religieux. Alors que l'annonce fin 2003 de la nomination d'un « préfet musulman » (Aïssa Dermouche) par Nicolas Sarkozy, ministre de l'Intérieur, avait été assez médiatisée<sup>493</sup>, les nominations de Pierre N'Gahane, Nacer Meddah et Fatiha Benatsou, par le même Nicolas Sarkozy devenu président de la République, ont elles-mêmes servi une certaine fonction de communication. En effet, Pierre N'Gahane, déjà nommé préfet délégué pour l'égalité des chances auprès du préfet de la région PACA en 2007, avait été nommé préfet des Alpes-de-Haute-Provence à la suite de la réception par l'Élysée du Conseil représentatif des associations noires (CRAN) qui avait demandé « une réponse à l'espoir » suscité par l'élection américaine de Barack Obama<sup>494</sup>. En tout, une quinzaine de préfets « issus de la diversité » ont été nommés pour répondre à cette communication sur la discrimination positive.

## **II. Nomination et contrôle des secteurs clés**

Bien que la communication par le biais des nominations puisse être analysée comme une fonction politique importante, ce pouvoir de nommer témoigne surtout d'une fonction de « contrôle ». Avec les différentes nominations dans les établissements et les entreprises du secteur public, l'Exécutif embrasse de vastes domaines comme l'industrie, les banques ou encore l'audiovisuel. Si ce pouvoir de nomination lui sert d'abord à s'informer de l'état de la société prise dans son ensemble (A), certaines nominations lui permettent d'exercer une véritable fonction de contrôle de ces secteurs clés (B)

### *A) Nommer pour s'informer*

Nous avons vu avec l'étude du secrétariat général de l'Élysée qu'être informé de l'état général de la société était une des exigences principales de l'Exécutif. Or, le pouvoir de

---

489 *Le Monde*, 10 juillet 1981 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 19, 1981.

490 *Le Monde*, 14 décembre 1983 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 29, 1984.

491 *Le Monde*, 16 août 1983 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 28, 1983.

492 LE POURHIET A.-M., « L'article 4 », art. cité, p. 17. Pour M<sup>me</sup> Le Pourhiet, « la promotion affichée et largement pratiquée par le président de la République [...] de discriminations positives tendant à prendre en compte les critères raciaux, religieux, sexuels ou même "d'ouverture" contredit totalement [la] prétention » de « fonder les nominations importantes sur le seul critère de compétence ».

493 « Sarkozy, le préfet musulman et le philosophe », *Le Monde*, 17 décembre 2003.

494 *Libération*, 11 novembre 2008 ; cf. également CCF, *Pouvoirs*, n° 129, 2008.

nomination dans les grandes entreprises publiques semble remplir cette fonction d'information.

En effet, sans entrer dans les détails qui relèvent du droit public économique, il est nécessaire de souligner que le pouvoir de nomination offre la possibilité de pourvoir plus ou moins librement à trois catégories d'emplois : directeur général, président du conseil d'administration et membres de ce conseil (que ce soit les administrateurs eux-mêmes, les représentants de l'État, ou les personnalités qualifiées). Pour comprendre succinctement le régime de ces trois catégories d'emplois, il est nécessaire de distinguer les entreprises soumises au chapitre premier du titre II de la loi de démocratisation du secteur public du 26 juillet 1983<sup>495</sup> des autres. Pour les premières, constituées entre autres des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), de certaines sociétés nationales et de certaines sociétés d'économie mixte employant plus de deux cents salariés, des représentants de l'État ou des personnalités qualifiées sont nommés au conseil d'administration par décret du Premier ministre contresigné par le ministre intéressé<sup>496</sup>. Pour les autres, constituées entre autres des entreprises nationales comprenant moins de deux cents salariés, les représentants sont nommés par simple arrêté du ou des ministres intéressés<sup>497</sup>. En ce qui concerne le personnel dirigeant, il est nommé par décret du président de la République en Conseil des ministres, en application de l'article premier de l'ordonnance du 28 novembre 1958. Toutefois, pour les entreprises de premier rang<sup>498</sup>, le président du conseil d'administration est nommé par décret du président de la République (en Conseil des ministres ou non, selon son inscription sur la liste du décret du 29 avril 1959 ou les statuts de la société) sur proposition de ce même conseil d'administration<sup>499</sup>.

Or, un constat s'impose : les membres ou les présidents des conseils d'administration ainsi que les directeurs généraux de ces entreprises sont régulièrement issus du personnel politique ou de celui des hautes fonctions publiques<sup>500</sup>. Ainsi, les membres des cabinets ministériels, à leur départ, rejoignent pour presque la moitié d'entre eux le secteur économique : par exemple, 45 % des membres du cabinet de Michel Debré se tournent vers ce secteur et « 77 % d'entre eux se dirigent vers le secteur para-public<sup>501</sup> ». Les directeurs des

---

495 Cf. art. 1 et art. 4, loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 *relative à la démocratisation du secteur public*, JO du 27 juillet 1983, p. 2326.

496 Art. 5 de la loi *relative à la démocratisation du secteur public* : il n'est pas précisé expressément que ce décret est un décret du Premier ministre, mais il en est ainsi puisque l'emploi de représentant n'est pas considéré comme un emploi public au sens de l'art. 13 de la Constitution.

497 Art. 5, décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 *relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics, des entreprises du secteur public et de certaines entreprises privées*.

498 C'est-à-dire celles figurant aux alinéas 1, 2 et 3 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de démocratisation du secteur public.

499 Art. 10 de la loi de démocratisation du secteur public.

500 Ainsi, pour les EPIC, les administrateurs « sont nommés parmi les fonctionnaires ou agents de l'administration en activité ou en retraite » et le directeur général est « le plus souvent fonctionnaire détaché d'une administration publique et parachuté dans l'entreprise », LINOTTE D. et ROMI R., *Droit public économique*, LexisNexis, 2012, 7<sup>e</sup> éd., p. 141-144.

501 BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État*, Seuil, 1994, p. 98-99.



différents cabinets et les secrétaires généraux de l'Élysée sont régulièrement nommés aux fonctions de direction de ces entreprises : Georges Galichon, directeur de cabinet du général de Gaulle de 1961 à 1967 est nommé à la tête d'Air France, Claude Pierre-Brossolette prend quant à lui la direction du Crédit lyonnais en 1976, date à laquelle il quitte le secrétariat de l'Élysée<sup>502</sup>. Parfois, ce sont les ministres eux-mêmes qui sont nommés à la présidence de ces grandes entreprises : Pierre Guillaumat, ministre des Armées du général de Gaulle jusqu'en 1962, présidera l'Union générale des pétroles de 1962 à 1965, EDF de 1964 à 1965, puis Elf Aquitaine de 1966 à 1977<sup>503</sup>.

Faire carrière dans les grandes entreprises publiques n'est donc pas rare, d'autant plus qu'un mandat de président ou directeur général permet d'intégrer les conseils d'administration d'autres entreprises publiques : Augustin de Romanet, secrétaire général adjoint à la Présidence, devenu en 2007 directeur général de la Caisse des dépôts et consignations, faisait également partie du conseil d'administration de La Poste, d'Oséo ou encore de la CNP Assurances. De même, François Pérol, secrétaire général adjoint à la Présidence, « élu » à la présidence du directoire de la BPCE en 2009, est également nommé au conseil d'administration de l'établissement public du musée d'Orsay et du musée de l'Orangerie en 2010<sup>504</sup>.

Or, les liens qu'ont pu tisser ces hommes dans les cabinets ministériels ou à la présidence de la République ne sont pas pour autant brisés lorsqu'ils entrent dans le secteur économique : nombreux sont ceux qui continuent de travailler officieusement pour leur ancien ministre en les informant de la situation des différentes entreprises ou des secteurs d'activités auxquels ils ont accès<sup>505</sup>. L'analyse de Jean Dupont est donc toujours d'actualité : lorsque les membres des cabinets ministériels ou de l'Élysée quittent leur fonction, « leur nomination dans la diplomatie, dans l'armée [...], dans le secteur bancaire, etc. permet à l'Élysée d'avoir des éléments d'informations et des correspondants dans les grands secteurs de la vie nationale<sup>506</sup> ». Il est alors aisé de comprendre pourquoi chaque renouvellement des conseils d'administration et du personnel dirigeant est préparé très en amont afin de « faire rentrer des personnalités “utiles” dans ces conseils<sup>507</sup> », écrit Jean Dromer, le maître d'œuvre à l'Élysée de la politique du général de Gaulle en matière d'emplois de direction dans les banques et les établissements de crédit nationalisés.

---

502 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 180.

503 DUPONT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 409. Il en est de même pour Bernard Chenot, ministre de la Santé publique jusqu'en 1962, président des Assurances générales de France à partir de 1964.

504 Arrêté du 9 septembre 2010, *JO* du 21 septembre 2010, p. 17198.

505 C'est cette proximité du président du conseil d'administration et du directeur général avec le pouvoir qui témoigne « de la grande dépendance [de l'entreprise] face à l'État », LINOTTE D. et ROMI R., *Droit public économique*, op. cit., p. 144.

506 DUPONT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 429.

507 Note à l'attention du général de Gaulle, 30 décembre 1964, *Arch. nat.*, AG/5(1)/638.

Si l'analyse politique du pouvoir de nomination révèle la fonction d'information qui lui est attachée<sup>508</sup>, elle permet de mettre au jour une autre fonction, plus importante encore : celle de contrôle.

### *B) Nommer pour contrôler*

Une fois nommés dans l'ensemble des secteurs intéressant la vie de la Nation, les hommes du Président, ou plus généralement les hommes de l'Exécutif, peuvent être en mesure de porter dans leur domaine propre la volonté présidentielle, selon l'autorité et l'influence du chef de l'État. Juridiquement, ce dernier ne peut certes intervenir dans tous les secteurs, mais son charisme peut « élargi[r] les possibilités des textes<sup>509</sup> ». Dans ces circonstances, nommer, c'est contrôler, c'est-à-dire soit prendre le contrôle, soit garder le contrôle.

Prendre le contrôle d'un secteur après la nomination d'un homme de confiance à la tête d'une administration ou d'une entreprise publique qui en a la charge peut être relativement utile pour le président de la République, et c'est notamment le cas pour le secteur audiovisuel, par nature assez sensible. Pierre Lefranc, conseiller technique du général de Gaulle, raconte ainsi avoir été nommé en 1965 à la présidence de la Société financière de radiodiffusion (société gérant le capital de l'État investi dans des chaînes de télévision ou de radio), car le Président trouvait anormal que des chaînes dont l'État est actionnaire « s'emploient jour et nuit à critiquer la politique et les décisions de ce même État<sup>510</sup> ». Cette nomination à des fins de contrôle n'étonnera pas les lecteurs d'Alain Peyrefitte, qui raconte l'étonnante élaboration du statut de l'ORTF. En 1962, le même Pierre Lefranc met en garde le ministre de l'Information : « Conservez la capacité de nommer qui vous voulez où vous voulez. Si le directeur général ne fait pas l'affaire, vous le changez : il suffit de le proposer au Conseil des ministres, qui ne fera pas la moindre difficulté. Si tel ou tel directeur ou chef de service n'est pas loyal, vous pouvez le révoquer ou le muter. Si un journaliste de la télévision ou de la radio présente les informations d'une manière désagréable au gouvernement, vous le mettez au placard<sup>511</sup>. » Finalement, le 8 avril 1964, Alain Peyrefitte annonce que le directeur général sera vraisemblablement élu, avant que le général ne s'exclame : « Le directeur général élu ! Vous n'y pensez pas ! Le directeur général ne peut être que nommé par le gouvernement ! Je veux bien, à la rigueur, que le président du conseil d'administration soit élu par ses pairs [...]. Mais même pour EDF, ou la RATP, ou la SNCF, ou Renault, etc. sur lesquels le ministre compétent n'exerce qu'une tutelle, c'est le gouvernement qui nomme

---

508 Au sujet des nominations, Jacques Attali parle des « canaux d'information du Président », cf. « Jeudi 20 mars 1986 », ATTALI J., *Verbatim, op. cit.*, t. II, p. 20.

509 *Ibid.*, p. 406.

510 « Pierre Lefranc, gaulliste de la première heure », *Le Monde*, 8 janvier 2012.

511 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle, op. cit.*, t. I, p. 493.

[celui] auquel l'État délègue l'autorité<sup>512</sup>. » Le compromis se fait sur l'élection du président du conseil d'administration non sans qu'Alain Peyrefitte précise : « Quant au président je me fais fort de faire élire celui que nous aurons choisi<sup>513</sup>. » Leur choix s'arrête sur Wladimir d'Ormesson, qui sera effectivement élu à l'unanimité, élection qui rappelle 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'indépendance<sup>514</sup> ». Avec l'arrivée au pouvoir de François Mitterrand en 1981, le secteur audiovisuel fait de nouveau l'objet de changements importants : sont remplacés les trois présidents des chaînes de télévision, le président de Radio France, le directeur de l'INA et de la Société française de production<sup>515</sup>. Cela prouve que le secteur audiovisuel est d'une grande importance : il serait le second secteur « vers lequel se dirigent dans une forte proportion les fonctionnaires des Grands Corps » étant donné qu'il s'agit d'un « lieu stratégique du contrôle de la société civile, sa détention facilitant l'hégémonie culturelle grâce à laquelle l'État parvient à justifier plus aisément sa légitimité<sup>516</sup> ». Mais il ne doit pas éclipser tous les autres secteurs sur lesquels s'exerce un même contrôle.

Néanmoins, prendre le contrôle suppose, comme corollaire, de le garder, ce qui peut parfois sembler compromis à l'approche des échéances électorales : le pouvoir de nomination joue alors pleinement son rôle politique. La doctrine a pu montrer comment François Mitterrand, peu avant les élections législatives de 1986, avait cherché à placer ses hommes aux secteurs clés, à l'aide de différents outils juridiques. L'objectif principal était de pourvoir à un nombre d'emplois maximal avant une cohabitation qui s'annonçait possible. Pour ce faire, le Président a tout d'abord modifié, le 6 août 1985, le décret du 29 avril 1959 listant les emplois de direction auxquels nomme le président de la République : l'annexe est passée de soixante-seize à cent soixante-cinq emplois. Puis, de manière plus indirecte, l'abaissement de l'âge de la retraite dans la fonction et le secteur public a permis d'obtenir un grand nombre de départs (et par voie de conséquence de nominations), tout comme la modification des différents statuts particuliers (notamment des sous-préfets et des préfets) a contribué à ouvrir les nominations au tour extérieur<sup>517</sup>. Toutes ces nominations, par le contrôle des différents secteurs qu'elles offrent au président de la République, sont autant de contre-pouvoir en temps de cohabitation, si bien que c'est par celles-ci que le chef de l'État « entoure le Premier ministre d'une invisible tutelle<sup>518</sup> ».

---

512 *Ibid.*, t. II, p. 173-174.

513 *Ibid.*, t. II, p. 175.

514 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 756.

515 REDEYLLET M., « L'alternance et les emplois à la discrétion du gouvernement », art. cité, p. 405. Cf. également les Conseils des ministres du mercredi 3 juin 1981, ATTALI J., *Verbatim, op. cit.*, t. I, p. 29.

516 BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État, op. cit.*, p. 98-99.

517 COHENDET M.-A., *La Cohabitation, leçons d'une expérience, op. cit.*, p. 195.

518 AVRIL P., « Diriger le gouvernement », art. cité, p. 39. Cette lutte pour le secteur économique est parfaitement visible dans l'amusant commentaire qu'aurait fait François Mitterrand au sujet du noyautage des entreprises privatisées par le gouvernement Chirac : « Je croyais savoir que, dans le capitalisme, c'étaient les actionnaires qui choisissaient les présidents de groupe. Je découvre avec étonnement que, pour les nouvelles

Mais pour que ce contrôle soit efficace, il faut d'une part que l'Exécutif ait une autorité qui lui assure cette magistrature d'influence (ce qui peut varier selon les différents chefs de gouvernement et chefs de l'État) et, d'autre part, il faut qu'il ait des hommes qui lui soient suffisamment fidèles. En d'autres termes, les fonctions d'information et de contrôle ne sont effectives que si l'Exécutif possède un réseau suffisamment étendu. Or, de nouveau, ce sont « les prérogatives [de nomination] du chef de l'État [qui] lui permettent de tisser des réseaux d'influence qui ont contribué à renforcer sa puissance<sup>519</sup> ».

## ***Section 2 : La constitution d'un réseau de notabilité***

Au terme de cette étude globale sur la nomination, nous voyons se dessiner le point nodal de ce pouvoir : la constitution d'un réseau de notabilité. C'est par ce réseau seulement que, soit juridiques soit politiques, les fonctions attachées à la nomination seront réellement effectives. Puisqu'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 écarter<sup>520</sup> », il faut tout d'abord comprendre que le pouvoir de nomination sert à entretenir le réseau déjà constitué des hommes qui forment l'Exécutif (I), avant de montrer que, par le système de l'intérêt bien compris qui lui est associé, c'est-à-dire, au sens neutre du terme, un système de clientélisme, le pouvoir de nomination permet d'élargir ce même réseau (II).

### **I. Entretien du réseau : la nomination des collaborateurs**

Entretien du réseau revient, pour l'Exécutif, à nommer ses propres collaborateurs. Ces nominations surviennent dans deux circonstances : soit il s'agit de récompenser un fidèle lorsqu'on arrive aux responsabilités (A), soit il s'agit de consoler ou de protéger un collaborateur à l'approche d'un remaniement ou d'une échéance électorale<sup>521</sup> (B).

#### *A) La « nomination-récompense »*

Nommer peut permettre de récompenser un fidèle, selon ses capacités, selon les liens qu'entretient avec lui l'autorité de nomination (le président de la République, le chef du

---

privatisations, ce sont les présidents de groupe (et ceux qui les ont nommés) qui choisissent leurs actionnaires ! », (ATTALI J., « Conseil des ministres, lundi 2 juin 1986 », *Verbatim, op. cit.*, t. II, p. 86).

519 YOLKA P., « Le pouvoir de nomination... », art. cité, p. 758.

520 JOZEFOWICZ H., « Le diable gît-il dans les détails ? », *Politeia*, 1<sup>er</sup> avril 2010, n° 17, p. 417.

521 Nous reprenons la typologie d'Olivier Schrameck : la nomination-récompense « en raison de certaines fonctions exercées antérieurement », la nomination-protection « à laquelle procède par précaution un gouvernement approchant du terme de la période d'exercice de ses responsabilités » et la nomination-consolation « à laquelle l'autorité politique se résout pour faciliter un changement de responsable opérationnel par la nature du reclassement proposé à l'ancien titulaire du poste ».

gouvernement, les ministres) et selon, bien sûr, l'étendue du pouvoir de nomination qui est attribuée à cette autorité. Notre analyse juridique de ce pouvoir a permis de mettre au jour les « outils » qui sont aux mains de l'Exécutif : ces « faveurs » sont accordées, entre autres, par la voie du tour extérieur, de l'emploi à la décision du gouvernement, de l'emploi de cabinet, d'une mission confiée à un parlementaire ou encore d'un poste honorifique dans différentes institutions. Deux temps de la faveur doivent néanmoins être distingués : les faveurs qui interviennent à la prise de fonction de l'Exécutif et celles qui interviennent en cours de mandat.

À la prise de fonction de l'Exécutif, deux types de nominations-récompenses sont susceptibles d'intervenir : la nomination pour services rendus et la nomination-favoritisme<sup>522</sup>. Tout d'abord, les conseillers de campagne du candidat devenu Président investissent évidemment les ministères (l'équipe de campagne de François Hollande en 2012 réunit la presque totalité des ministres du gouvernement Ayrault<sup>523</sup>) ou sont nommés à la tête des grands cabinets et au secrétariat général de l'Élysée : Claude Guéant, directeur de campagne de Nicolas Sarkozy en 2007, était devenu son secrétaire général ; Emmanuelle Mignon, conseillère en stratégie pendant la campagne, avait été nommée à la direction du cabinet du Président. Un même fidèle peut souvent cumuler plusieurs nominations, au point que certaines fonctions semblent être intimement liées entre elles : se sont relayés à la présidence du conseil d'administration de l'EPIC du château de Chambord, entre 2005 et 2012, Frédéric Salat-Baroux (secrétaire général de l'Élysée), Michel Blangy (directeur de cabinet de Jacques Chirac), Emmanuelle Mignon et Pierre Charon (conseiller à la Présidence de Nicolas Sarkozy)<sup>524</sup>. Ensuite, les amis font parfois l'objet de faveurs, quoiqu'il soit bien plus difficile de le montrer. Les postes brigüés ne sont pas alors des postes à responsabilité, mais des emplois plutôt honorifiques assurant une substantielle rémunération. Le Conseil économique, social et environnemental (CESE) en est un exemple probant : la nomination des personnalités qualifiées par le président de la République « permet de récompenser [les] amis méritants ». À en croire Pierre Favier et Michel Martin-Roland, Georges Beauchamp, nommé en 1981 vice-président du CESE, était un simple « copain de faculté et de Résistance de François Mitterrand<sup>525</sup> ».

En revanche, en cours de mandat, la nomination-récompense est presque toujours une nomination pour services rendus. Ainsi à l'Élysée, les rythmes de travail des conseillers imposent leur rotation rapide. Mais ce passage par l'Élysée, en moyenne de trois ans, « a

---

522 BUI-XUAN O., « Faveur et tour extérieur », in GUGLIELMI G.J. (dir.), *La Faveur et le Droit*, op. cit., p. 239.

523 Jacques Chirac confirme également qu'il s'agit « de récompenser la fidélité de ceux qui n'ont jamais failli dans les heures les plus difficiles », (CHIRAC J., *Le Temps présidentiel*, op. cit., p. 27).

524 Pierre Charon cumulait, au reste, les fonctions de conseiller du Président avec celles de président du conseil d'administration de l'EPIC du château de Chambord, conseiller de Paris et membre du Conseil économique social et environnemental. La présidence du conseil d'administration de l'ONF, dont le titulaire est régulièrement un membre du secrétariat général de l'Élysée (Jean-Louis Bianco, Dominique de Villepin, Bertrand Landrieu) est aussi un bon exemple de ces fonctions liées.

525 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, op. cit., t. I, p. 525.

secondairement un effet sur les carrières » : avant 1981, les fonctionnaires élyséens bénéficiaient pour 40 % d'entre eux d'un avancement ; 10 % changeaient de corps ; 10 % intégraient un emploi de direction dans l'administration ; 15 % obtenaient un « pantouflage » dans une société privée ou une entreprise publique, tandis que les non-fonctionnaires « avaient de bonnes chances d'être intégrés à un grand corps<sup>526</sup> ». Il en va de même pour les membres des cabinets ministériels qui « prétendent fréquemment à occuper eux-mêmes des postes de direction dans les secteurs correspondant à leurs fonctions, ou à être nommés par la voie du tour extérieur dans un corps supérieur de la fonction publique<sup>527</sup> ». L'Élysée et les cabinets ont donc, grâce au pouvoir de nomination, un effet catalyseur sur l'évolution des carrières.

Toutefois, ces nominations-récompenses rencontrent deux limites. La première est essentiellement due à la compétence : globalement, il semblerait qu'il n'y ait de faveur que dans la compétence, sauf pour certains postes à faible responsabilité, témoin les mises en garde répétées du général de Gaulle contre un pur favoritisme non étayé par des compétences<sup>528</sup>. Ainsi, l'amitié n'exclut pas la compétence, et il est tout à fait naturel que l'Exécutif choisisse des hommes qu'il connaît : « Ce n'est pas un acte de favoritisme [...], mais quand ça ne marche pas bien quelque part, il faut aller chercher un homme que l'on connaît<sup>529</sup> », ce que fait le général de Gaulle en appelant le général Jacquier à la SDECE. Le choix d'une personne mêle en un nœud inextricable la compétence, l'amitié et le conseil : le Premier ministre ou le président de la République choisissent ainsi, pour leurs missions, des parlementaires au sein de leur « réseau de relations personnelles<sup>530</sup> » et il n'est pas rare de lire sur les lettres de mission des mentions manuscrites (« cher ami », « amitiés ») qui rompent avec le style formel de ces lettres<sup>531</sup>. Une autre limite tient à la publicité de ces nominations, qui endigue finalement un favoritisme trop visible : les cas de népotisme sont ainsi relativement rares pour les emplois médiatiquement exposés. Tout au plus pouvons-nous souligner la nomination du fils aîné de François Mitterrand (Jean-Christophe Mitterrand) au secrétariat général de l'Élysée en 1982<sup>532</sup> ; celle de Claude Chirac en qualité de conseillère en communication<sup>533</sup> ; ou encore les nominations de Christine Ockrent au conseil d'administration de la société Audiovisuel extérieur de la France<sup>534</sup> et au conseil

---

526 RIALS S., *La Présidence de la République*, op. cit., p. 107.

527 SCHRAMECK O., « Influences politiques et garanties juridiques », art. cité, p. 429.

528 Alain Peyrefitte montre ainsi le général de Gaulle critiquant les nominations à titre honoraire (« Un honneur ne se confère pas automatiquement. Il ne faut pas dévaloriser l'honneur », *C'était de Gaulle*, op. cit., t. II, p. 159) et la création d'emplois fictifs visant à récompenser des collaborateurs (« Vous proposez de créer un directeur sans direction. Il n'en est pas, il ne peut en être question », *ibid.*, t. III, p. 39).

529 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 401.

530 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, op. cit., p. 68.

531 Cf. La lettre de mission du président de la République adressée à Yvan Lachaud en date du 21 décembre 2010 ou la lettre de mission de François Fillon adressée à Patrice Martin-Lalande en date du 30 mai 2011.

532 *Le Monde*, 7 juillet 1982 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 23, 1982.

533 Arrêté du 19 mai 1995, cf. CHIRAC J., *Le temps présidentiel*, op. cit., p. 35.

534 Décret du 14 avril 2008 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 126, 2008.

d'administration de RFI<sup>535</sup>, alors même que son mari, Bernard Kouchner, était ministre des Affaires étrangères. Ces cas sont toutefois assez rares et la tentative de nomination de Jean Sarkozy, fils du président de la République, à la tête de l'EPAD en trace les limites.

*B) La « nomination-protection » et la « nomination-consolation »*

La nomination peut recouvrir encore deux autres formes : celle de la protection, quand il s'agit d'assurer à un collaborateur, fidèle ou ami un emploi stable en vue d'échéances électorales prochaines, et celle de la consolation, quand il s'agit, au contraire, soit de remplacer un ancien conseiller, soit d'assurer un reclassement à un fidèle.

Nous avons vu les ressources déployées par François Mitterrand, à la veille des élections de 1986, pour augmenter, par une modification des textes, le nombre de postes auxquels il est permis à l'Exécutif de pourvoir. C'est dans cette même logique que s'inscrit la nomination-protection par laquelle l'Exécutif assure à ses collaborateurs, cibles des prochaines révocations, des emplois protégés. Luc Rouban a ainsi étudié les « sorties de fonctions » de l'entourage de l'Exécutif (Élysée, Matignon, ministères) à la veille des élections présidentielles de 2012. Sur deux cent quatre-vingt-quatorze « vraies sorties » (c'est-à-dire celles qui ne sont ni des remaniements ni des départs à la retraite), 40 % concernent des emplois administratifs « dont une cinquantaine de postes en établissements publics ». Les entrées dans les grands corps administratifs, les inspections générales ou le corps préfectoral au rang de préfet représentent le quart de ces sorties, viennent ensuite les départs vers le secteur privé (18 %) et les postes diplomatiques (15 %). Les autres (2 %) restent dans le monde politique<sup>536</sup>. Les postes administratifs sont évidemment ceux qui sont les plus sûrs pour protéger ses collaborateurs du changement de personnel qui a lieu à la suite d'une nouvelle élection : l'entrée dans la fonction publique des grands corps (29 %<sup>537</sup>) permet d'assurer à son collaborateur la protection statutaire et réglementaire liée à ces emplois. C'est donc ici le tour extérieur qui représente le meilleur moyen pour réaliser ces nominations-protections.

Sans être toujours différenciée de la nomination-protection, la nomination-consolation est une autre fonction politique du pouvoir de nomination. Elle permet à la nouvelle équipe formant l'Exécutif de congédier le personnel de son prédécesseur dans des conditions honorables. Nous avons vu qu'une des raisons de la grève de la signature en période de cohabitation naissait du souci de François Mitterrand de conserver un niveau décent de responsabilité à ses fidèles collaborateurs. La nomination du préfet de Guadeloupe, Amaury de Saint-Quentin, à la direction de l'ARS Haute-Normandie en 2013 est un exemple

---

535 Décret du 27 juin 2008 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 127, 2008.

536 ROUBAN L., « Les entourages du pouvoir exécutif de 1974 à 2012 », *Revue française d'administration publique*, 2012-2, n° 142, p. 487.

537. *Ibid.*, p. 489.

de ces nominations-consolations<sup>538</sup>, même si l'on ne peut manquer de souligner l'humour dont a fait preuve le nouveau gouvernement en déplaçant un grand commis de l'État de la Guadeloupe à la Haute-Normandie sans période d'acclimatation. Mais il peut s'agir également de nommer un proche collaborateur dont on doit se séparer ou d'un ami qui a perdu, pour des raisons diverses, ses fonctions. En effet, l'Exécutif souhaitant « se séparer d'un directeur [...] attend donc d'avoir quelque chose à lui proposer pour faciliter son départ » et les « portes de sortie habituelles [sont], selon les corps ou les ministères : un poste d'ambassadeur ou de préfet, une nomination à la Cour des comptes ou au Conseil d'État au tour extérieur, un emploi de direction dans le secteur nationalisé<sup>539</sup> ». Gilles Ménage, directeur de cabinet de François Mitterrand de 1988 à 1992, a ainsi été nommé président d'EDF, après l'affaire Habache<sup>540</sup>. Mais ces nominations-consolations servent aussi à « compenser la perte d'une fonction antérieure<sup>541</sup> » d'un de ses amis ou collaborateurs : Jean Brocard, remplacé par Roger Chinaud au secrétariat général des Républicains indépendants en 1974, se voit nommé parlementaire en mission. De même, Jean-Jacques Aillagon et Luc Ferry, ministres du gouvernement Raffarin II, sont nommés personnalités qualifiées au CESE à la suite du remaniement ministériel qui ne les reconduit pas dans leurs fonctions<sup>542</sup>. Enfin, après les élections sénatoriales de 2011, Gérard Larcher a perdu la présidence du Sénat, mais aura été rapidement nommé, début 2012, à la présidence de l'EPIC du château de Chambord<sup>543</sup>.

Toutefois, à l'instar des nominations-récompenses, certaines limites encadrent ces nominations-protections ou ces nominations-consolations. Il s'agit tout d'abord des nominations pour ordre, que l'on a pu déjà analyser. En effet, l'Exécutif peut « être tenté, notamment à l'occasion d'une "nomination-protection", de conférer, pour parer à des aléas prévisibles, une situation d'indépendance statutaire à un agent tout en continuant à lui faire assurer des fonctions sans relation avec celles que comporte le corps d'accueil<sup>544</sup> » : l'exemple récent de François Molins le prouve<sup>545</sup>, comme nous l'avons déjà dit. Une autre limite, plus intéressante peut-être, est l'interdiction de ce qu'on nomme « testament ministériel » ou « testament présidentiel », c'est-à-dire « la pratique administrative [...] qui voit les ministres procéder juste avant leur démission ou au moment de celle-ci à des nominations destinées à récompenser leurs anciens collaborateurs<sup>546</sup> ». Ainsi, Damien Loras et Bertrand Lortholary avaient été nommés, par Nicolas Sarkozy, ambassadeurs respectivement à Bangkok et à Jakarta. Ces nominations, qui ont été annulées par le Conseil

---

538 Décret du 14 mars 2013, *JO* du 15 mars 2013, p. 4559.

539 LOCHAK D. (dir.), *La Haute Administration et la politique*, op. cit., p. 75.

540 CCF, *Pouvoirs*, n° 64, 1992.

541 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, op. cit., p. 69.

542 Décret du 3 septembre 2004 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 112, 2004.

543 Décret du 1<sup>er</sup> mars 2012.

544 SCHRAMECK O., « Influences politiques et garanties juridiques », art. cité, p. 429.

545 CE, Sect., 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature*.

546 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 95 ; cf., également, BUI-XUAN O., « Faveur et tour extérieur », in GUGLIELMI G.J. (dir.), *La Faveur et le Droit*, op. cit., p. 242.



d'État sur le fondement d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>547</sup>, sont intervenues par décret le 4 mai 2012, soit entre les deux tours de l'élection présidentielle. Jacques Chirac a donné un certain écho à cette pratique dans ses Mémoires : « 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<sup>548</sup>. »

Il apparaît donc que le pouvoir de nomination peut répondre à plusieurs fonctions politiques : récompenser, protéger, consoler des collaborateurs. Mais ces fonctions contribuent inévitablement à la construction d'un réseau de fidèles, capables d'informer ou de contrôler certains domaines, réseau dont le centre serait l'Exécutif, agissant, à l'égard de ses clients, comme un patron.

## **II. Élargir le réseau : nomination et clientélisme**

Parler de clientélisme pour essayer de cerner certaines logiques institutionnelles peut sembler périlleux : trop en dire, c'est caricaturer ; se taire, c'est refuser de voir que le droit ne saurait rendre de manière autonome toute la réalité d'un pouvoir. Empiriquement, nous pouvons constater qu'à la tête des mondes politique, administratif et économique certains noms reviennent qui, liés plus ou moins à un courant politique, forment un réseau qu'anime l'Exécutif en place, en les investissant de fonctions ou d'emplois publics (A). Cette approche réticulaire, par laquelle un patron coordonne l'activité de ses clients, permet de définir une dernière fonction politique du pouvoir de nomination : la fonction électorale (B).

### *A) Perméabilité des milieux et circulation des élites*

Selon Maurice Hauriou, le propre du pouvoir exécutif serait d'entraîner, « comme corollaire, la séparation du personnel des fonctionnaires, qui devient un personnel exécutif, du personnel des hommes politiques, qui est législatif ou électif<sup>549</sup> ». Si dans une certaine mesure le droit est sauf, la sociologie politique montre, quant à elle, une grande perméabilité des mondes administratif, politique et économique, perméabilité qui est la conséquence d'une circulation des élites facilitée par le vaste pouvoir de nomination aux mains de l'Exécutif.

En premier lieu, il ne fait nul doute que le monde administratif et le monde politique ont de nombreux points de contact : l'ensemble de ce qui précède tend à le montrer. Tout au plus pouvons-nous préciser les deux principales passerelles que sont la nomination dans un cabinet ministériel et la nomination au tour extérieur. Soit un haut fonctionnaire est recruté

---

547 CE, 23 juillet 2012, *Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères*, n° 359387.

548 CHIRAC J., *Le Temps présidentiel*, *op. cit.*, p. 20. De même pour François Mitterrand à l'égard de Valéry Giscard d'Estaing : la nomination d'Alexandre de Marenches au Conseil d'État en 1981 était inscrite dans le testament présidentiel, (ATTALI J., « Conseil des ministres, 27 mai 1981 », *Verbatim*, *op. cit.*, t. I, p. 26).

549 HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 751.

dans un cabinet ministériel, lequel devient le lieu de sa politisation avant qu'il ne regagne son corps d'origine<sup>550</sup> ; soit un fidèle politique est nommé conseiller dans un cabinet ministériel avant d'être titularisé, grâce au tour extérieur, dans un grand corps. Ce tour extérieur « politique », par opposition au tour extérieur « promotion<sup>551</sup> », traduit bien cette idée de perméabilité des mondes politique et administratif : par exemple, entre 1958 et 1980, 43,5 % des conseillers d'État et 76 % des membres du corps préfectoral nommés au tour extérieur sont issus de cabinets ministériels<sup>552</sup>. C'est donc par ces deux passerelles que « le gouvernement assure la cohésion et l'unité de l'appareil d'État, c'est-à-dire du système politico-administratif<sup>553</sup> ».

Toutefois, nous l'avons dit, le monde administratif n'est pas le seul point de chute après un départ de l'Élysée ou d'un cabinet ministériel. Par le pouvoir de nomination aux emplois de direction des grandes entreprises publiques, l'Exécutif déploie son réseau jusque dans le monde économique, et Pierre Birnbaum a pu souligner ces « fortes liaisons établies sous la V<sup>e</sup> République entre l'appareil d'État et la société civile<sup>554</sup> ». Le schéma semble ainsi se compléter : le fidèle titularisé dans la fonction publique peut diriger par la suite, à la faveur d'une nouvelle élection, une banque ou un grand groupe économique dans lequel l'État a des participations. On voit se mettre en place le circuit qu'empruntent les élites, ce « personnel très réduit, homogène et qui traverse simultanément les champs politique, administratif et économique<sup>555</sup> ».

L'exemple de Jean-René Bernard, que développe Pierre Tafani, est pour le moins révélateur de cette perméabilité des milieux et de cette circulation des élites : sorti de l'ENA, il rejoint l'inspection des finances avant d'être nommé par Georges Pompidou secrétaire général adjoint de l'Élysée. Sous la présidence Giscard d'Estaing, il est fait ambassadeur au Mexique de 1977 à 1982 puis, pendant la première cohabitation, il dirige la CIC de 1987 à 1989. Il retrouve un poste d'ambassadeur à La Haye jusqu'à la seconde cohabitation qui lui permet de devenir sous-gouverneur du Crédit foncier de France de 1994 à 1996. En 1997, enfin, il est nommé membre du conseil de la politique monétaire de la Banque de France<sup>556</sup>. Plus récemment, la carrière d'Augustin de Romanet est elle aussi très révélatrice de cette circulation : énarque en 1986, après un passage à Bercy, il intègre différents cabinets ministériels à partir de 1995. Nommé secrétaire général adjoint de l'Élysée en 2005, il devient directeur adjoint du Crédit agricole en 2006, directeur général de la Caisse des dépôts et

---

550 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 130.

551 Selon l'appellation des fonctionnaires eux-mêmes, cf. BUI-XUAN O., « Faveur et tour extérieur », in GUGLIELMI G.J. (dir.), *La Faveur et le Droit*, op. cit., p. 238.

552 THERESINE C., *La Nomination des agents publics en droit français*, op. cit., p. 128.

553 *Ibid.*, p. 130.

554 BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État*, op. cit., p. 85.

555 *Ibid.*, p. 149.

556 TAFANI P., *Les Clientèles politiques en France*, op. cit., p. 272-273.

consignations en 2007 avant d'être nommé en Conseil des ministres, le 28 novembre 2012, président-directeur général d'Aéroports de Paris.

Deux éléments peuvent expliquer cette perméabilité des milieux : l'un tient à la nécessité d'avoir à disposition une élite polyvalente et omnipotente ; l'autre, corollaire du premier, tient aux méthodes de formation des élites françaises. En effet, que ce soit au sein de l'administration ou au sein du secteur économique, le gouvernement, afin de mener au mieux sa politique, a besoin de « relais utiles<sup>557</sup> » et l'exemple de Pierre Sudreau, ministre de la Construction de juin 1958 à avril 1962, est tout à fait pertinent. Alain Peyrefitte rapporte ainsi une « leçon de perspicacité administrative » donnée par le général de Gaulle : « [Sudreau] était bien parti parce qu'il connaissait tout le monde, il avait pu trouver des ingénieurs et leur donner confiance. Et puis, à peine M. Sudreau a disparu que les ingénieurs ont disparu aussi, et depuis, le ministère de la Construction est à la traîne<sup>558</sup>. » Un réseau étendu permet de rendre plus efficace la mise en œuvre d'une politique. Mais cette circulation des élites s'explique aussi par les méthodes de leur formation : l'ENA permet de produire aussi bien des hommes politiques que des hauts responsables administratifs ou des dirigeants d'entreprise. Pierre Birnbaum rapproche ce rôle de l'ENA de « la tentative inhérente au projet gaulliste de prise de contrôle par l'État de l'environnement social<sup>559</sup> ». Cette identité de vivier dans lequel puisent les gouvernements pour nommer aux emplois supérieurs ou aux emplois intermédiaires rend effectivement « factice » toute règle de fond ou de forme tendant à encadrer ces nominations<sup>560</sup>.

Néanmoins, une disposition notable limite cette « prise de contrôle » : il s'agit bien évidemment de la prise illégale d'intérêts régie par l'article 432-12 du Code pénal. Le Conseil d'État en a fait une étonnante application dans l'arrêt *Société Lambda* de 1996 en considérant que ces dispositions « font également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où [...] il contreviendrait à ces dispositions<sup>561</sup> » : un inspecteur des Finances, chef de service à la direction du Trésor, ne peut pas être nommé sous-gouverneur du Crédit foncier de France, « société à capitaux privés mais liée aux pouvoirs publics, dont il assurait le contrôle dans ses fonctions administratives<sup>562</sup> ». De même, la nomination de François Pérol à la tête de la BPCE, alors qu'en qualité de secrétaire général adjoint à la Présidence ce dernier avait eu connaissance du dossier de fusion entre la Banque

---

557 BUI-XUAN O., « Faveur et tour extérieur », in GUGLIELMI G.J. (dir.), *La Faveur et le Droit*, op. cit., p. 238.

558 PEYREFITTE A., *C'était de Gaulle*, op. cit., t. III, p. 33.

559 BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État*, op. cit., p. 85.

560 « Toutes ces nominations interviennent dans des conditions très proches : les règles de procédure qui enserrnent les nominations à l'encadrement supérieur intermédiaire se révèlent de pure forme [...]. Et surtout, dans les deux cas [emplois supérieurs et emplois intermédiaires], le vivier principal au sein duquel les choix interviennent est le même : celui des hauts fonctionnaires appartenant au corps de l'ENA et Polytechnique », POCHARD M., *La Diversification des modes de recrutement de la haute fonction...*, op. cit., p. 30.

561. CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, Rec. p. 499, concl. Piveteau, RFDA, 1997, p. 173 ; GAJA n° 98.

562. PETIT J., « La nomination des grands commis de l'État », art. cité, p. 667.

populaire et la Caisse d'épargne, a fait l'objet de plusieurs procédures pour prise illégale d'intérêts sans que, à l'heure actuelle, l'affaire soit pour autant tranchée<sup>563</sup>.

Nous voyons donc que « sous la V<sup>e</sup> République, la fusion des pouvoirs atteint une forte intensité : elle se réalise surtout grâce à la mobilité des hauts fonctionnaires qui parcourent, tour à tour, les sommets de chacun des pouvoirs particuliers<sup>564</sup> », circulation rendue possible par le pouvoir de nomination de l'Exécutif. Ce pouvoir par lequel l'Exécutif entretient ou élargit ses réseaux selon une logique clientéliste joue alors un dernier rôle crucial en matière d'élections.

### *B) Pouvoir de nomination et élections*

Si une clientèle politique peut se définir sommairement par trois composantes – « une solidarité, une hiérarchie et un instrument de pouvoirs à but diversifiés<sup>565</sup> » –, force est de reconnaître que le pouvoir de nomination de l'Exécutif, compris comme pouvoir de patronage, permet de forger et d'entretenir une telle clientèle : le patron étant l'autorité de nomination solidaire de ses clients qui partagent avec lui une « fidélité réciproque » basée sur un système de « don et de contre-don », la hiérarchie est somme toute assez courte puisqu'elle comprend le client direct et les noms que ce client peut lui-même suggérer à l'autorité de nomination. Le but recherché est enfin, pour le réseau, de « s'emparer de la décision institutionnelle ou [de] la conserver<sup>566</sup> ». Ce dernier point se réalise selon deux modalités d'exercice du pouvoir de nomination : en tant qu'Exécutif en fonction, le patron cherche à ménager sa clientèle ou à l'élargir, en tant que candidat, le patron cherche à s'assurer une victoire électorale, à l'aide de sa clientèle préalablement placée aux postes clés<sup>567</sup>.

En effet, si nous avons vu que le chef de l'État et le chef du gouvernement nouvellement élus remerciaient par la nomination-récompense leurs proches collaborateurs, il leur faut néanmoins ménager aussi bien l'ensemble de leur clientèle dans ce qu'elle peut avoir de diversifiée que certains opposants politiques importants : le pouvoir de nomination permet donc de faire des « dosages politiques<sup>568</sup> ».

---

563. « La Cour de cassation ordonne une enquête sur la nomination de Pérol à la tête de la BPCE », *Le Monde*, 26 juin 2012.

564. BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État*, op. cit., p. 149-150.

565. TAFANI P., « Du clientélisme politique », *Revue du MAUSS*, 2005-1, n° 25, p. 272.

566 *Ibid.*, p. 273.

567 Maurice Hauriou soulignait déjà, au sujet de la III<sup>e</sup> République, les « rapports du pouvoir exécutif avec le pouvoir de suffrage » en insistant sur le rôle du préfet dans la préparation des élections, lui qui est « le grand agent électoral [qui] tient, par les mille ficelles administratives, les gros électeurs et les personnages influents », et Hauriou de poser la question : « Que serait-ce avec un régime semi-direct [...], avec la nomination du président de la République par le peuple ? », (HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 462).

568 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, op. cit., p. 69-70. On retrouve également l'expression sous la plume de Jacques Chirac au sujet de la composition du gouvernement, cf. CHIRAC J., *Le Temps présidentiel*, op. cit., p. 27.

En ce sens, il ne faut pas sous-estimer la puissance des partis dans la vie politique contemporaine et ne pas manquer de voir leur hétérogénéité, notamment lorsque des majorités parlementaires se forment par coalition. Si la répartition des ministères se fait selon les forces qui ont concouru à la victoire présidentielle ou législative, les nominations aux différents emplois publics respectent la même règle : le 22 août 1982, Michèle Cotta, socialiste, est nommée à la présidence de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle, et le président de l'Assemblée nationale, Louis Mermaz, a nommé, sans doute sur recommandation de François Mitterrand, le communiste Daniel Karlin en tant que membre de cette haute autorité<sup>569</sup>. De manière générale, et comme le rappellent Pierre Favier et Michel Martin-Roland, « pour les postes à la discrétion du gouvernement [...] le chef de l'État doit aussi tenir compte [...] de l'équilibre des courants du PS. Ainsi Pierre Mauroy, Lionel Jospin, Jean-Pierre Chevènement et même Michel Rocard ont-ils leur mot à dire<sup>570</sup> ». Parfois, ce sont même des opposants politiques qu'il s'agit de ménager à l'aide de la nomination : l'exemple de certains parlementaires en mission tend à le prouver. La nomination par Valéry Giscard d'Estaing du fondateur des Radicaux de gauche, Robert Fabre, en tant que parlementaire en mission, s'inscrit « dans le cadre de la “décrispation” des rapports entre la majorité et l'opposition<sup>571</sup> ». Il en va de même des dosages politiques au sein d'un même parti, comme le montre la récente nomination de Ségolène Royal à la vice-présidence de la Banque publique d'investissement<sup>572</sup> : comme elle était une ancienne candidate malheureuse aux primaires de 2012, absente du gouvernement et du Parlement, il était nécessaire de lui trouver un point de chute. Ce souci de ménager certains opposants politiques ou certaines mouvances de son parti peut même se muer en souci de ménager certains opposants institutionnels : la nomination dans l'ordre de la Légion d'honneur de Léon Jozeau-Marigné en 1984, de Robert Fabre et de Jacques Latscha en 1994, tous trois membres du Conseil constitutionnel au moment de leur décoration, a pu être critiquée comme peu respectueuse du principe de séparation des pouvoirs<sup>573</sup>.

Mais si, comme on le voit, dans une logique de patronage et dans « une perspective majorité/opposition, la nomination peut être une manière de canaliser un opposant non dénué de talents [ou] de ménager une figure historique du parti minoritaire<sup>574</sup> », elle permet aussi de préparer les échéances électorales futures et, à en croire Édouard Balladur, certains membres du secrétariat général de l'Élysée, tel Pierre Juillet, se soucient de prendre des décisions « visant à favoriser ou à étendre la clientèle électorale du gouvernement<sup>575</sup> ». Pierre Birnbaum a ainsi pu montrer comment les multiples nominations d'anciens ministres ou d'anciens collaborateurs dans des entreprises publiques concernant l'aménagement du territoire, comme

---

569 Décret du 22 août 1982 ; *Le Monde*, 24 août 1982 ; CCF, *Pouvoirs*, n° 24, 1982.

570 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, op. cit., t. I, p. 526.

571 ZALMA G., *Le Parlementaire en mission dans les institutions françaises*, op. cit., p. 73.

572 Décret du 18 février 2013, *JO* du 19 février 2013, p. 2834. *Le Monde*, 20 février 2013.

573 CCF, *Pouvoirs*, n° 30 et n° 73, 1984 et 1994.

574 JOZEFOWICZ H., « Le diable gît-il dans les détails ? », art. cité, p. 417.

575 COHEN S., *Les Conseillers du Président*, op. cit., p. 118.

les conseils d'administration des ports de Rouen, Paris, Marseille ou encore les tunnels du Mont-Blanc et de Fréjus, domaine qui « conditionne en partie la vie politique des régions et des départements », comment ces nominations avaient facilité « un contrôle par l'appareil d'État de processus sociaux fondamentaux et [pesé] d'un grand poids sur les stratégies électorales<sup>576</sup> ». Se constituer une vaste clientèle est donc une autre fonction politique du pouvoir de nomination, qui permet à son titulaire de préparer les prochaines élections : les biographes de François Mitterrand notent qu'il s'est constitué en quarante ans de vie politique « un immense réseau de fidélités et de relations, qui dépasse largement les frontières de sa famille politique<sup>577</sup> », et il en va de même pour tous les présidentiables qui élaborent « des environnements concentriques [...] qui plongent directement dans la société civile et l'État à travers un minimum d'échelons<sup>578</sup> ». L'exemple de Jacques Chirac est ici assez probant : pendant les cohabitations de 1974, de 1986 et 1993, il a « systématisé ses placements dans l'appareil économique, administratif, culturel et judiciaire<sup>579</sup> ». Concrètement, un présidentiable pouvait chercher à financer sa campagne à l'aide des entreprises publiques. Selon Pierre Tafani, « le cas d'Elf est symptomatique » : avant l'élection de 1995, « la compagnie pétrolière est tiraillée entre trois grands leaders : le premier est Jacques Chirac, à travers son ami André Tarallo, le second est Charles Pasqua, à travers ses réseaux africains, et Alfred Sirven, le bras droit du P-DG de l'époque, le troisième est le président de la République en personne, François Mitterrand, à travers le P-DG qu'il a nommé, en 1988, Loïc Le Floch Prigent, un ancien militaire socialiste<sup>580</sup> ». Plus récemment, Rachida Dati avait accusé François Fillon d'avoir favorisé la nomination en Conseil des ministres de Dominique Tiberi au poste de contrôleur général économique et financier afin de s'assurer le soutien du père, Jean Tiberi, dans la deuxième circonscription de Paris, en vue des élections législatives<sup>581</sup>.

Contrôler l'accès aux emplois publics prisés permet ainsi et manifestement de se constituer une clientèle, de remercier ses plus proches collaborateurs, de ménager ses opposants et de préparer les prochaines élections en plaçant ses fidèles.

---

576 BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État*, op. cit., p. 87-88.

577 FAVIER P. et MARTIN-ROLAND M., *La Décennie Mitterrand*, op. cit., t. I, p. 525.

578 TAFANI P., *Les Clientèles politiques en France*, op. cit., p. 275.

579 TAFANI P., « Du clientélisme politique », art. cité, p. 270.

580 TAFANI P., *Les Clientèles politiques en France*, op. cit., p. 281.

581 « Ce qu'il y a dans le dossier Tiberi ressorti par Dati contre Fillon », *Le Monde*, 24 octobre 2011.

## **Conclusion de la troisième partie**

Si la magistrature d'influence fait partie de ces mots « inusités que l'on redécouvre avec surprise<sup>582</sup> », tant ils permettent de qualifier des phénomènes institutionnels complexes, il faut tout de même reconnaître que le grand paradoxe de l'Exécutif de la V<sup>e</sup> République réside dans le cumul de pouvoirs constitutionnels importants avec cette magistrature d'influence qu'il exerce par le truchement de la nomination, magistrature d'influence qui pourtant est traditionnellement l'apanage des Exécutifs faibles : et pourtant, théoriquement « indépendant des partis politiques, irresponsable devant le Parlement, doté de moyens d'empêcher, le président de la V<sup>e</sup> République est l'exemple même d'une magistrature d'influence institutionnalisée<sup>583</sup> ». Si le chef de l'État et le chef du gouvernement exercent par celle-ci les fonctions juridiques qui leur sont constitutionnellement attachées, l'influence sur les autres fonctions et la capacité qui leur est offerte de se constituer des clientèles à des fins politiques font de la « magistrature d'influence » une expression bien faible face à l'ampleur du pouvoir de nomination. Puisque en ce cas l'Exécutif agit sociologiquement comme un patron, il est donc préférable de qualifier ce pouvoir de nomination, à l'instar de Maurice Hauriou, de pouvoir de patronage.

---

582 CARPENTIER C., « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *RIEJ*, 1993, n° 30, 1993, p. 145.

583 *Ibid.*, p. 154.

## Conclusion

POUR PREVENIR LES DESASTRES D'UNE REGENCE qui, après les morts successives du Grand Dauphin, du duc de Bourgogne et du duc de Berry, devait nécessairement revenir à son neveu peu chéri Philippe d'Orléans, Louis XIV avait formé dans son testament, et contre le principe d'indisponibilité de la Couronne, une dernière volonté par laquelle il souhaitait qu'un conseil de régence fût établi et composé selon ses vœux, afin de « maintenir [les] sujets dans l'obéissance qu'ils doivent au roi mineur ». Le 2 septembre 1715, le lendemain de la mort du roi, Philippe d'Orléans et son parti, craignant d'être dominés par un conseil de régence dont la composition leur était défavorable, firent casser le testament de Louis XIV devant le Parlement de Paris. En contrepartie, le Régent assura lui-même au Parlement qu'en plus de conserver un conseil de régence auquel serait échu le pouvoir décisionnel il établirait, en lieu et place des secrétaires d'État, une multitude de conseils chargés d'instruire les différentes affaires du royaume. Mais s'il abandonnait tout pouvoir, le Régent se gardait le droit de choisir la composition des conseils et le prononcé de toutes les décisions individuelles de nomination : sous couvert de refuser la direction de l'État, le Régent s'en emparait indirectement, grâce au pouvoir de nomination<sup>584</sup>. Cette anecdote historique rend peut-être le mieux compte de la spécificité du pouvoir de nomination, qui doit s'entendre comme un *méta*-pouvoir, un pouvoir qui conditionne, selon l'influence de son titulaire, l'exercice d'autres pouvoirs et qui contribue, par conséquent, à l'accomplissement de plusieurs fonctions étatiques.

Sous la V<sup>e</sup> République, nous l'avons vu, le pouvoir de nomination cache en réalité une pluralité de compétences qui se décomposent, selon une échelle de la discrétion laissée à son titulaire, en un pouvoir formel de nomination (l'entérinement), un pouvoir substantiel de nomination (la désignation) et, synthèse des deux précédents, un pouvoir pur de nomination (la nomination discrétionnaire). Ces compétences embrassent une très grande variété d'emplois qui sont autant d'outils laissés aux mains de l'Exécutif (les tours extérieurs dans l'administration, les emplois de cabinet pour les services propres, les postes de dirigeant des entreprises publiques, les emplois supérieurs, etc.) et qui couvrent l'ensemble des secteurs de la société (l'administration, le domaine militaire, l'économie, la diplomatie, le judiciaire, etc.).

Au sein de l'Exécutif, l'étude approfondie des mécanismes des articles 13 et 21 de la Constitution et de l'ordonnance organique du 28 novembre 1958 permet d'éclairer quelque

---

584 « L'arrêt fut prononcé en sorte qu'il ne resta nulle sorte de pouvoir au duc du Maine, qui fut totalement remis entre les mains du Régent, avec le droit de mettre dans la régence qui il voudrait, d'en ôter qui bon lui semblerait, et de faire tout ce qu'il jugerait à propos sur la forme à donner au gouvernement, l'autorité toutefois des affaires demeurant au conseil de régence », SAINT-SIMON, *Mémoires*, Jean de Bonnot, 1966, t. XIII, p. 127-128. Le Régent considérait qu'il lui revenait naturellement la « distribution des grâces, des charges, des emplois, des bénéfices », car, aurait-il dit : « Je veux être libre pour faire le bien, mais je consens à être lié pour ne point faire le mal », (PETITFILS J.-C., *Le Régent*, Fayard, 1986, p. 242).



peu la confusion qui peut résulter de la lecture de textes et permet d'établir ainsi la répartition juridique de ces compétences. S'il ne fait aucun doute que ministres et Premier ministre n'exercent qu'un pouvoir d'attribution, la compétence de principe dévolue au président de la République est à ce point réduite aux nominations supérieures que, contrairement à ce qu'on peut affirmer habituellement, il faudrait adopter des critères de quantité et de qualité des nominations pour mieux comprendre le rôle des différents membres de l'Exécutif : au président de la République reviennent les nominations qualitativement importantes, tandis que les nominations quantitativement importantes, mais secondaires, sont l'apanage des ministres. Or, cette répartition juridique ne souffre pas une confrontation à l'analyse politique. Le jeu politique imprime en effet son propre critère de répartition : le Premier ministre et plus encore le président de la République font remonter jusqu'à eux n'importe quelle nomination ayant un intérêt à leurs yeux. Ce pouvoir d'évocation peut s'appréhender juridiquement par deux biais : d'une part, un contreseing surabondant qui est la marque d'une intervention de l'autorité contresignataire sur le choix de la personne nommée et, d'autre part, la discussion en Conseil des ministres qui permet au président de la République de substituer son propre choix à celui du gouvernement, ou au moins de l'influencer. La véritable tension du pouvoir de nomination, comme inclinent à le montrer les périodes de cohabitation, réside bel et bien dans le nœud des articles 13 et 21 de la Constitution qui lient inextricablement le Président à son Premier ministre.

Pluriel, le pouvoir de nomination l'est également en raison des fonctions qui lui sont attachées : si les fonctions juridiques de l'État sont réparties entre différents organes, il leur est également confié des pouvoirs nécessaires au bon accomplissement de ces fonctions. Le pouvoir de nomination de l'Exécutif répond ainsi tout naturellement à l'ensemble de la fonction exécutive, qu'elle soit entendue comme une fonction administrative ou bien comme une fonction gouvernementale. Toutefois, associé à l'exercice d'autres fonctions étatiques, l'Exécutif peut également, par son pouvoir de nomination, influencer, voire exercer indirectement les fonctions juridictionnelles et législatives, grâce aux réseaux d'influences qu'un tel pouvoir permet de tisser. Or, ces réseaux d'influences, qui doivent être en permanence entretenus ou élargis à l'aide des différentes potentialités qu'offre la nomination, concourent également à la réalisation de fonctions politiques : il est loisible à l'Exécutif de communiquer sur et par les nominations, de s'informer des différents secteurs d'activité de la société et d'indirectement les contrôler. L'approche réticulaire, complétée par une analyse plus sociologique, permet de saisir le pouvoir de nomination comme un pouvoir de patronage mettant en relation une clientèle, parcourant l'ensemble des emplois de direction des divers secteurs de la société, avec son patron, détenteur du pouvoir de nomination, remerciant, plaçant, congédiant, éloignant ses différents clients. Bien évidemment, cette approche clientéliste du pouvoir de nomination, pour n'être pas caricaturale, doit se limiter à l'analyse du pouvoir discrétionnaire de nomination, et l'un des problèmes avec lequel toute étude portant sur la nomination se trouve aux prises sont les effets de distorsion qu'elle fait subir à

son sujet : le gros des nominations, à l'heure actuelle, relève de l'exercice d'une compétence liée mais l'intérêt qu'ont, par leur qualité, les nominations discrétionnaires amène à mettre l'accent sur elles. En outre, ce phénomène clientéliste doit être appréhendé historiquement : s'il est vrai qu'au cours de la V<sup>e</sup> République on assiste à une politisation des nominations, cette politisation n'est pas nécessairement l'effet d'une présidentialisation du régime, laquelle permet certes une telle politisation sans pour autant la déterminer. Plus vraisemblablement, c'est la politisation des présidents de la V<sup>e</sup> République qui a conduit à une politisation des nominations : le général de Gaulle et Georges Pompidou considéraient l'arbitrage présidentiel comme essentiellement détaché des partis, à l'inverse de leurs successeurs, qui furent les hommes de leur parti et qui ont donc développé cette politisation des nominations<sup>585</sup>.

Au terme de cette réflexion, nous voyons que saisir l'Exécutif, et plus spécifiquement le rôle du président de la République, au prisme du pouvoir de nomination permet d'en révéler les contours et, par conséquent, d'en préciser un peu plus l'essence. En une formule assez élégante, Jean Duport souligne, au sujet du pouvoir de nomination, que « le charisme élargissait les possibilités des textes<sup>586</sup> », et il faudrait en tirer une leçon : l'Exécutif est moins appréhendable par le droit constitutionnel positif que par la théorie du droit. En effet, le charisme dont parle Jean Duport, et qui module selon lui les textes organisant les pouvoirs publics, serait plus à propos nommé « autorité », au sens fort du terme que lui confère le droit romain et que Hannah Arendt a pu reprendre et développer<sup>587</sup> : ce qui produit l'obéissance sans force ou, pour le dire autrement et l'adapter à notre propos, ce qui permet de prendre des décisions sans pouvoir constitutionnellement établi<sup>588</sup>. Mais, toujours selon Hannah Arendt, ce sens particulier de l'autorité a disparu en même temps que s'est rompue la chaîne des ans et que l'Occident a connu, par ses différentes révolutions, de nombreuses ruptures avec sa tradition<sup>589</sup>. Or, de la même manière que la philosophe parle d'« ersatz » de religion, il serait possible de parler d'« ersatz » d'autorité. Pour comprendre ce que serait cet ersatz d'autorité au sein des régimes contemporains, il est nécessaire d'adapter à l'*auctoritas* les réflexions que Maurice Hauriou développe au sujet de la *potestas* : de la même manière que « la démocratie et la souveraineté nationale sont incompatibles avec toute espèce de pouvoir personnel et n'admettent que des pouvoirs d'institution<sup>590</sup> », la modernité est incompatible avec toute espèce d'autorité personnelle et n'admet que des autorités d'institution. Quoiqu'il faille nuancer l'affirmation catégorique de Hannah Arendt selon

---

585 François Mitterrand est le premier président de la République à avoir été l'homme d'un parti et a donc connu le problème inverse du général de Gaulle : comment devenir « l'homme de l'unité nationale » quand on est d'abord chef d'une majorité ? Cf. VANDENDRIESSCHE Xavier, « L'apport du président Mitterrand au droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1996-3, p. 641-642.

586 DUPORT J., *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1875*, op. cit., t. II, p. 406.

587 ARENDT H., « Qu'est-ce que l'autorité ? », trad. M.-C. Brossolet et H. Pons, in *La Crise de la culture*, trad. sous la dir. de P. Lévy, Gallimard, 1972, p. 121-185.

588 Hannah Arendt semble effectivement rattacher la force au pouvoir (*potestas*) et les opposer à l'autorité (*auctoritas*), *ibid.*, p. 123.

589 « L'autorité a disparu du monde moderne », *ibid.*, p. 121.

590 HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 391.

laquelle l'autorité personnelle aurait entièrement disparu (le cas du général de Gaulle reste problématique<sup>591</sup>), ce concept d'autorité d'institution permet de mieux comprendre ce qu'est un Exécutif et surtout, dans le cadre de la V<sup>e</sup> République, ce qu'est la présidence de la République, non moins que le fondement de ses fonctions. C'est par cette autorité que le pouvoir d'évocation et de substitution du Président devient pleinement compréhensible, et c'est ce concept d'autorité qui assure la conversion du pouvoir de nomination, constitutionnellement entendu, en un pouvoir de patronage.

**Benoît Montay**

Doctorant contractuel, chargé de travaux dirigés en droit constitutionnel à l'Université Panthéon-Assas Paris II

---

591 À lire Hannah Arendt, l'autorité plonge ses racines dans le passé et n'est effective qu'à raison de cette ancienneté liée au mythe des origines qui lui confère son caractère transcendantal ; or, le général de Gaulle, vainqueur de la Seconde Guerre mondiale, libérateur de la France, « le plus illustre des Français », a été perçu comme le fondateur d'une nouvelle ère et jouissait d'une autorité qui répondait aux critères posés par la philosophe.

## **Bibliographie**

### **1. Ouvrages généraux**

#### **1.1. Usuels, manuels et traités**

- AUBY Jean-Marie (dir.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 2012, 7<sup>e</sup> éd., 895 p.
- BARTHELEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Panthéon-Assas, 2004, 955 p.
- BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1942, 4<sup>e</sup> éd., 786 p.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique. L'État*, LGDJ, 1967, t. II, 683 p.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique. Les régimes politiques*, LGDJ, 1985, t. V, 608 p.
- CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2011, 28<sup>e</sup> éd., 654 p.
- CHAPUS René, *Cours de droit administratif*, Les Cours de droit, 1970-1971, 539 p.
- CHAPUS René, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2000, 14<sup>e</sup> éd., 2 t.
- CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2006, 12<sup>e</sup> éd., 2 vol.
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, 1928, 3<sup>e</sup> éd., 3 vol.
- DUHAMEL Olivier et MENY Yves, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.
- DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, 1965, 8<sup>e</sup> éd., 768 p.
- EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. I, 786 p.
- GAUDEMET Jean, *Les Institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, 2000, 519 p.
- GUGLIELMI Gilles, *Droit du service public*, Montchrestien, 2011, 3<sup>e</sup> éd., 804 p.
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, 1150 p.
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, 759 p.
- HAURIOU Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1930, 332 p.
- LAUBADERE André de, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1984, 9<sup>e</sup> éd., t. I, 813 p.
- LAUBADERE André de, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1992, 9<sup>e</sup> éd., t. II, 693 p.
- LINOTTE Didier et ROMI Raphaël, *Droit public économique*, LexisNexis, 2012, 7<sup>e</sup> éd., 478 p.
- LUCHAIRE François, CONAC Gérard et PRETOT Xavier (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 2008, 2126 p.
- PRELOT Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1973, 5<sup>e</sup> éd., 925 p.
- RIVERO Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 2011, 550 p.
- THOMAS-TUAL Béatrice, *Droit de la fonction publique de l'État*, Ellipses, 2005, 187 p.

## **1.2. Chroniques, rapports et sources**

*Archives constitutionnelles de la V<sup>e</sup> République*, La Documentation française, 2008-2011, 5 vol.

*Archives nationales*, AG/5(1)/544-572 ; AG/5(1)/638.

AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 142 n<sup>os</sup>.

AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, *Chroniques constitutionnelles françaises (1976-1982). D'un septennat l'autre*, PUF, 1983, 489 p.

*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, 1987-2001, 4 vol.

GELARD Patrice, *Rapport sur le projet de la loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, 2009, 90 p.

MATHESON A., « Études sur la participation politique aux décisions relatives à la nomination des hauts fonctionnaires et sur la délimitation des responsabilités entre ministres et hauts fonctionnaires », *Documents de travail sur la gouvernance publique 2007/6*, Éditions OCDE, 2007, 82 p.

POCHARD Marcel, *Rapport fait au Premier ministre sur 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, 2007, 43 p.

VEDEL Georges (dir.), *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au président de la République*, La Documentation française, 1993, 106 p.

## **1.3. Mémoires et biographies**

ATTALI Jacques, *C'était François Mitterrand*, Fayard, 2005, 446 p.

ATTALI Jacques, *Verbatim*, Fayard, 1993, 3 vol.

AURIOL Vincent, *Mon septennat*, Gallimard, 1970, 606 p.

CHIRAC Jacques, *Le Temps présidentiel*, NiL, 2011 ; rééd. Pocket, 2012, 594 p.

DE GAULLE Charles, *Mémoires*, éd. M.-F. Guyard, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2000, 1505 p.

FAVIER Pierre et MARTIN-ROLAND Michel, *La Décennie Mitterrand*, Seuil, 1990-1999, 4 vol.

FOCCART Jacques, *Tous les soirs avec de Gaulle. Journal de l'Élysée*, Fayard, 1997, 811 p.

GISCARD D'ESTAING Valéry, *Le Pouvoir et la Vie*, Compagnie 12, 1988-2006, 3 vol.

PEYREFITTE Alain, *C'était de Gaulle*, Fayard, 1995, 3 vol.

RIALS Stéphane, *Les Idées politiques du président Georges Pompidou*, PUF, 1977, 192 p.

VALENCE Georges, *VGE*, Flammarion, 2012, 618 p.

## **2. Ouvrages spécialisés**

### **2.1. Études**

- AVRIL Pierre, *Les Conventions de la Constitution*, PUF, 1997, 202 p.
- BAECQUE Francis de, *Qui gouverne la France ?*, PUF, 1976, 208 p.
- BELORGEY Gérard, *Le Gouvernement et l'Administration de la France*, Armand Colin, 1970, 2<sup>e</sup> éd., 451 p.
- BIRNBAUM Pierre, *Les Sommets de l'État. Essai sur l'élite du pouvoir en France*, Seuil, 1994, 210 p.
- CHAGNOLLAUD Dominique, *Le Premier des ordres : les hauts fonctionnaires (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Fayard, 1991, 398 p.
- COHEN Samy, *Les Conseillers du Président. De Charles de Gaulle à Valéry Giscard d'Estaing*, PUF, 1980, 199 p.
- COHENDET Marie-Anne, *La Cohabitation, leçons d'une expérience*, PUF, 1993, 343 p.
- DUVERGER Maurice, *Bréviaire de la cohabitation*, PUF, 1986, 150 p.
- FOURNIER Jacques, *Le Travail gouvernemental*, Presses de la FNSP et Dalloz, 1987, 287 p.
- GUGLIELMI Gilles J. (dir.), *La Faveur et le Droit*, PUF, 2009, 411 p.
- LOCHAK Danièle (dir.), *La Haute Administration et la politique*, PUF, 1986, 252 p.
- MASSOT Jean, *Alternance et cohabitation sous la V<sup>e</sup> République*, La Documentation française, 1997, 156 p.
- MASSOT Jean, *Chef de l'État et chef du gouvernement. La dyarchie hiérarchisée*, La Documentation française, 2008, 223 p.
- MASSOT Jean, *L'Arbitre et le Capitaine*, Flammarion, coll. « Champs », 1987, 319 p.
- MASSOT Jean, *La Présidence de la République*, La Documentation française, 1977, 234 p.
- MASSOT Jean, *Le Chef de l'État, chef des armées*, LGDJ, 2011, 204 p.
- MASSOT Jean, *Le Chef du gouvernement*, La Documentation française, 1979, 320 p.
- RIALS Stéphane, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, 771 p.
- RIALS Stéphane, *La Présidence de la République*, PUF, 1981, 1<sup>re</sup> éd., 126 p.
- RIALS Stéphane, *Le Premier Ministre*, PUF, 1981, 127 p.
- TAFANI Pierre, *Les Clientèles politiques en France*, Monaco, Le Rocher, 2003, 342 p.
- VIANSSON-PONTE Pierre, *Les Politiques*, Calmann-Lévy, 1966, 280 p.
- ZALMA Gilles, *Le Parlementaire en mission*, Presses universitaires de Lyon, 1980, 96 p.

## **2.2. Thèses et mémoires**

- BONDUELLE Alexandre, *Le Pouvoir d'arbitrage du Premier ministre sous la V<sup>e</sup> République*, LGDJ, 1999, 538 p.
- CLAISSE Alain, *Le Premier ministre de la V<sup>e</sup> République*, LGDJ, 1972, 436 p.
- COLIN Frédéric, *L'Aptitude dans le droit de la fonction publique*, LGDJ, 2000, 490 p.
- DELEST André, *De la nomination et de la révocation des fonctionnaires publics*, Pedone, 1899, 171 p.
- DUPORT Jean, *Le Rôle administratif du président de la République en France depuis 1975*, thèse de l'université Paris II, 1976.
- SERRAND Pierre, *L'Acte de gouvernement*, thèse de l'université Paris II, 1999.
- SOULOUMIAC Alain, *Le Pouvoir de nomination*, thèse de l'université Paris II, 1979, 2 vol.
- TESTARD Christophe, *Le Contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du président de la République*, mémoire de master, Publication de l'université Jean-Moulin Lyon 3, 2011, 162 p.
- THERESINE Christian, *La Nomination des agents publics en droit français*, thèse de l'université Paris I, 1981.
- TIMBAL Jean-Paul, *Le Contresein ministériel*, thèse de l'université Toulouse I, 1975.

## **3. Articles et mélanges**

- AVRIL Pierre, « Diriger le gouvernement », *Pouvoirs*, 1997, n° 83, p. 31-40.
- BIGAUT Christian, « La spécificité juridique des contrats des membres de cabinets ministériels », *Les Petites Affiches*, 1998, n° 152, p. 8-10.
- BONNARD Roger, « La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français », *RDP*, 1930, p. 1-18.
- BOUTELET Pierre, « Le juge va-t-il contrôler les nominations aux emplois supérieurs "laissées à la discrétion du gouvernement" ? », *AJFP*, 1<sup>er</sup> mai 2011, n° 3, p. 154-155.
- CARPENTIER C., « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993, n° 30, p. 143-191.
- COLIN J., « Autorités investies du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires », *DA*, 1960, p. 81.
- « Des nominations sous contrôle ? », *Les Petites Affiches*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 22-23.

- DORD Olivier, « Étendue du pouvoir de nomination à un emploi à la décision du gouvernement lorsque des fonctionnaires ont vocation statutaire à l'occuper », *La Semaine juridique (JCP G)*, 24 septembre 2012, n° 39, p. 1729-1731.
- DORD Olivier, « Le poids de l'avis négatif de la commission d'aptitude dans le contrôle des nominations au tour extérieur. Le cas de M. Tiberi fils », *AJDA*, 26 mars 2012, n° 11, p. 607-611.
- DOUBLET Yves-Marie, « Nominations au tour extérieur et "pantouflage" dans la haute fonction publique », *RFDA*, 1995, p. 716-729.
- DUMORTIER Gaëlle, « Les nominations au tour extérieur dans le grade de contrôleur général de première classe : discrétionnaires, mais pas arbitraires », *AJFP*, 1<sup>er</sup> mars 2012, n° 2, p. 71-74.
- EDEL Frédéric, « Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics », *Revue française d'administration publique*, 2012/2, n° 142, p. 339-367.
- FORTIER Charles, « La (grande) liberté du gouvernement sur les nominations aux emplois supérieurs... et la (grande) liberté d'interprétation du Conseil d'État ! », *AJFP*, 1<sup>er</sup> novembre 2012, n° 6, p. 310-311.
- GODBILLON Bernard, « La jurisprudence sur le pouvoir réglementaire des ministres à l'égard du personnel », *AJFP*, 1<sup>er</sup> septembre 1998, n° 5, p. 8-14.
- GOUAUD Christiane, « Le Conseil des ministres sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1988, p. 423-498.
- HOEPPFNER Hélène, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 895.
- JEZE Gaston, « Le procédé technique de la nomination en droit public français », *RDP*, 1927, p. 574.
- JOZEFOWICZ Henri, « Le diable gît-il dans les détails ? Le Conseil constitutionnel met fin au long feuilleton du contrôle des nominations présidentielles », *Politeia*, 1<sup>er</sup> avril 2010, n° 17, p. 413-433.
- LE POURHIET Anne-Marie, « L'article 4 », *LPA*, 2008, n° 97, p. 17.
- LE POURHIET Anne-Marie, « Les emplois à la discrétion », *Pouvoirs*, 1987, n° 40, p. 121.
- MAHERZI Djalel, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1<sup>er</sup> décembre 2011, n° 3, p. 1335-1357.
- MERLEY Nathalie, « Le chef de l'État et l'autorité judiciaire sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1997, n° 3, p. 701-739.



- « Modalités d'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », *La Lettre Omnidroit*, 10 juin 2009, n° 54, p. 21.
- « La nomination des magistrats du siège et du parquet », *JCP G*, n° 28, 6 juillet 2009, p. 90.
- OLSON Terry, « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », *AJDA*, 16 octobre 2006, n° 34, p. 1899-1907.
- PASSERON André, « Comment ils ont placé leurs amis », *Pouvoirs*, 1987, n° 40, p. 25.
- PETIT Jacques, « La nomination des grands commis de l'État », *RGD*, 2006, n° 653, p. 653-674.
- REDEYLLET Michel, « L'alternance et les emplois à la discrétion du gouvernement », *AEAP*, 1981, p. 396.
- REDEYLLET Michel, « Les emplois à la discrétion du gouvernement », *AEAP*, 1979, p. 477.
- RIGAUD Jacques, « Pouvoir et non-pouvoir du ministre », *Pouvoirs*, n° 36, 1986, p. 5-14.
- ROUBAN Luc, « L'État à l'épreuve du libéralisme : les entourages du pouvoir exécutif de 1974 à 2012 », *Revue française d'administration publique*, 2012/2, n° 142, p. 467-490.
- ROUBAN Luc, « Les gaullisme des hauts fonctionnaires », *XX<sup>e</sup> siècle*, 2012/4, n° 116, p. 37-51.
- ROUSSEL Violaine, « Les magistrats dans les scandales politiques », *Revue française de science politique*, 1998, n° 48, p. 245-273.
- SCHRAMECK Olivier, « Emplois régaliens et conditions de nomination », *Mélanges Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 169-174.
- SCHRAMECK Olivier, « Influences politiques et garanties juridiques », *AJ*, 1994, p. 419.
- SILVERA Victor, « Le régime des emplois de direction des administrations centrales », *AJDA*, 1965, p. 132-139.
- SILVERA Victor, « Les parlementaires en mission », *RA*, 1973, p. 409-411.
- SILVERA Victor, « Réflexions sur le tour extérieur dans la fonction publique », *RA*, 1970, p. 678.
- SILVERA Victor, « Réflexions sur les autorités investies du pouvoir de nomination des fonctionnaires », *RA*, 1970, p. 543.
- SPONCHIADO Lucie, « Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles », *RFDA*, 1<sup>er</sup> septembre 2011, n° 5, p. 1019-1028.
- TAFANI Pierre, « Du clientélisme politique », *Revue du MAUSS*, 2005/1, n° 25, p. 259-286.
- VANDENDRIESSCHE Xavier, « L'apport du président Mitterrand au droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1996, n° 3, p. 637-701.

VELLAS Pierre, « La présidence Eisenhower, magistrature d'influence ? », *Revue politique et parlementaire*, juin-juillet 1954.

VERPEAUX Michel, « Liberté de communication et pouvoir de nomination du président de la République », *La Semaine juridique (JCP G)*, 29 avril 2009, n° 18, p. 15-18.

VEYRET J., « L'autorité investie du pouvoir de nomination des fonctionnaires de l'État », *RFDA*, 1992, n° 8, p. 881-883.

VIDAL-NAQUET Ariane, « Un président de la République plus "encadré" ? », *La Semaine juridique (JCP G)*, 30 juillet 2008, n° 31, p. 28-34.

YOLKA Philippe, « Le pouvoir de nomination du chef de l'État sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1999, p. 718-758.