

La nomination des grands commis de l'État. L'expérience française

Jacques Petit

Volume 36, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027164ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027164ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Petit, J. (2006). La nomination des grands commis de l'État. L'expérience française. *Revue générale de droit*, 36(4), 653–674.
<https://doi.org/10.7202/1027164ar>

Résumé de l'article

La nomination des hauts fonctionnaires en France présente deux caractéristiques antagonistes. D'un côté, elle est déterminée par des facteurs politiques : au-delà des règles juridiques, le pouvoir de nomination dépend des rapports politiques qui existent entre le Président de la République et le gouvernement; la politisation croissante de la haute fonction publique a abouti à la mise en place d'un système des dépouilles à la française. Mais, d'un autre côté, le recrutement des hauts fonctionnaires manifeste, en fait, un certain professionnalisme qui tend à renforcer l'encadrement juridique de la liberté de choix des autorités politiques.

La nomination des grands commis de l'État. L'expérience française

JACQUES PETIT

Professeur à la Faculté de droit et de science politique
de l'Université de Rennes, France

RÉSUMÉ

La nomination des hauts fonctionnaires en France présente deux caractéristiques antagonistes. D'un côté, elle est déterminée par des facteurs politiques : au-delà des règles juridiques, le pouvoir de nomination dépend des rapports politiques qui existent entre le Président de la République et le gouvernement ; la politisation croissante de la haute fonction publique a abouti à la mise en place d'un système des dépouilles à la française. Mais, d'un autre côté, le recrutement des hauts fonctionnaires manifeste, en fait, un certain professionnalisme qui tend à renforcer l'encadrement juridique de la liberté de choix des autorités politiques.

ABSTRACT

Appointment of top civil servants in France presents two antagonistic features. On the one hand, it is determined by political factors: beyond law, the power of appointment depends on political relations between the President of the Republic and the Government; growing politicisation of the top civil service has lead to set up a French spoils system. But, on the other hand, recruiting of top civil servants reveals, in fact, a certain professionalism which pushes to strengthen legal limitations on the choice of political authorities.

SOMMAIRE

I. Qui nomme?	657
A. La nomination des grands commis, pouvoir du Président de la République	657
B. La nomination des grands commis, pouvoir partagé du Président de la République	660
1. Le partage juridique	660
2. Les facteurs politiques du partage	662
II. Qui est nommé?	664
A. L'encadrement juridique de la liberté de choix des grands commis	665
1. Les textes	665
2. Le contrôle juridictionnel de la légalité des décrets de nomination	668
B. L'exercice de la liberté de choix des grands commis	670

1. On peut croire, dans un premier mouvement, que la nomination des grands commis ou, en d'autres termes, des hauts fonctionnaires de l'État ne présente, du point de vue français, que pas ou peu d'intérêt.

2. Schématiquement, à l'origine de la fonction publique moderne de la France, c'est-à-dire au début du XIX^e siècle, les autorités publiques disposaient d'un large pouvoir discrétionnaire en matière de nomination de l'ensemble des fonctionnaires; le pouvoir de nommer était alors le pouvoir effectif de choisir les titulaires des emplois publics. Dans ces conditions, l'accès à la fonction publique et, notamment, à la haute fonction publique était déterminé à la fois par l'appartenance à certains milieux sociaux et par la faveur personnelle ou politique des gouvernants. Ce mode d'attribution des emplois publics était préjudiciable au bon fonctionnement de l'administration, la compétence des candidats n'étant pas la préoccupation principale. Il était aussi essentiellement inégalitaire et, comme tel, contraire au principe fondamental posé par l'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*

de 1789 selon lequel tous les citoyens sont également admissibles aux emplois publics selon leurs capacités et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. C'est pourquoi, tout au long du XIX^e siècle, les agents publics ont lutté pour que leur recrutement s'opère selon un procédé qui limite la liberté de choix des autorités politiques et permette de sélectionner les meilleurs dans l'égalité. Ce procédé, c'est le concours. Ce mode d'attribution des emplois publics est devenu général sous la III^e République et son utilisation est aujourd'hui imposée en principe par le statut législatif des fonctionnaires¹. Ce principe s'applique notamment, il faut le souligner ici, au recrutement des corps de fonctionnaires les plus prestigieux, ceux dont les membres constituent une sorte d'aristocratie administrative et peuvent être présentés comme étant les grands commis de l'État. Il s'agit de ce que l'on appelle en France, les grands corps de l'État : Conseil d'État, Cour des comptes, Inspection des finances et, s'agissant des corps techniques, Ingénieurs des mines et Ingénieurs des ponts et chaussées. Or, le procédé du concours, c'est son objectif même, 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 : la nomination, en effet, se borne à entériner et à donner force juridique au choix préalablement fait par le jury de concours. Les problèmes ici se situent donc en amont de la nomination ; ils sont essentiellement relatifs à la question de savoir si le concours remplit bien les objectifs qui lui sont assignés : assurer l'égalité d'accès aux emplois publics tout en permettant de sélectionner les meilleurs. Il en résulte que s'il s'agissait ici de traiter de la nomination dans les grands corps de l'État, il n'y aurait, en effet, rien d'intéressant à dire.

3. Mais le principe du concours admet des exceptions. L'une d'entre elles concerne précisément le recrutement d'agents que l'on peut également qualifier de grands commis ou hauts fonctionnaires, l'expression étant alors prise dans un autre sens que celle de membres des grands corps. Il s'agit des agents qui occupent les emplois supérieurs laissés à la

1. *Loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 16 : « Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi ».

décision du gouvernement. Cette notion a été forgée par la jurisprudence du Conseil d'État, reprise par le statut législatif des fonctionnaires², une liste non limitative de ces emplois étant établie par un décret³. La nature de ces emplois explique leur régime. De manière générale, ce sont les plus hauts postes de l'administration et, par conséquent, des postes dont les titulaires sont très étroitement associés à l'action du gouvernement; en d'autres termes, les emplois en cause ne sont pas purement administratifs, ils sont à la fois administratifs et politiques. Ces emplois se situent dans l'administration de l'État proprement dite (notamment : directeurs et directeurs généraux des ministères, ambassadeurs, préfets, recteurs); il s'agit aussi de certains emplois de direction d'établissements publics ou d'entreprises du secteur public ou parapublic (dont certaines peuvent même être juridiquement des entreprises privées). La nature même de ces emplois est considérée comme impliquant que le gouvernement puisse y nommer des personnes qui partagent ses vues politiques. C'est pourquoi, en principe, le pouvoir exécutif est libre de nommer à ces fonctions les personnes qu'il veut et également de mettre fin à leurs fonctions. En d'autres termes, ici, le pouvoir de nomination a conservé sa nature discrétionnaire; il est toujours un pouvoir effectif de choix dont l'étude présente un intérêt réel. C'est donc à cette étude que l'on se livrera ici.

4. À cet égard, la simple logique et les débats que la nomination à ces emplois a suscités en France au cours des 20 dernières années indiquent que deux questions principales se posent.

5. On a dit qu'à ces emplois c'était le gouvernement ou le pouvoir exécutif qui nommait. Voilà qui est un peu imprécis. La Constitution de la V^e République institue un exécutif bicéphale : gouvernement, dirigé par le premier ministre (ci-après : PM), d'un côté, Président de la République (ci-après : PDR), de l'autre. Il est donc nécessaire de déterminer laquelle

2. Voir actuellement, article 25 de la *Loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État*.

3. Voir *Décret n° 85-779 du 24 juillet 1985*.

de ces autorités détient le pouvoir de nomination aux emplois supérieurs. En somme, il faut répondre à la question : qui nomme ?

6. On a dit également que l'autorité compétente disposait d'une grande liberté de choix. Se pose dès lors une seconde question : quel usage fait-elle de cette liberté ? En d'autres termes, à la question : qui nomme ? s'en ajoute une seconde : qui est nommé ?

I. QUI NOMME ?

7. La réponse à cette question ne saurait être que nuancée. Le pouvoir de nommer les hauts fonctionnaires appartient certes au PDR. Mais ce pouvoir apparaît partagé avec d'autres autorités.

A. LA NOMINATION DES GRANDS COMMIS, POUVOIR DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

8. L'attribution au PDR de ce pouvoir de nomination résulte bien sûr des règles juridiques applicables en la matière. Ces règles sont remarquablement complexes. Il n'est évidemment pas question ici d'en donner une analyse complète⁴. Il convient simplement d'en faire ressortir les traits saillants.

9. Ces derniers concernent d'abord les sources de ces règles. Celles-ci figurent dans la *Constitution de 1958* (art. 13 et 21) et dans une Loi organique prise pour l'application de ces dispositions constitutionnelles. Comme beaucoup d'autres, cette Loi organique a été édictée par une Ordonnance du dernier Président du conseil de la IV^e République, c'est-à-dire le général de Gaulle, en application de l'article 92 de la Constitution et pendant la période de mise en place des institutions⁵. De ce fait, elle n'a pas pu être soumise au contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel (qui n'existait pas encore) et celui-ci s'est toujours refusé, par la suite, à remettre en cause la constitutionnalité de cette

4. Pour une étude exhaustive, voir Ph. YOLKA, « Le pouvoir de nomination du Chef de l'État sous la V^e République », RDP 1999, p. 719.

5. Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958.

Ordonnance⁶. Cela n'est pas négligeable : sur le pouvoir de nomination, la Constitution est ambiguë et le général de Gaulle a fait pencher la balance en faveur du PDR, au moyen de dispositions dont la constitutionnalité est parfois douteuse.

10. Pour l'élaboration de ces règles, les constituants de 1958 se sont trouvés en face de deux traditions, de deux modèles. D'une part, la conception de la III^e République, selon laquelle la nomination de tous les emplois de l'État appartenait en droit au PDR (même si, en fait, cette compétence était exercée par le gouvernement). D'autre part, la conception de la IV^e République, qui constitutionnalisait la pratique de la III^e en donnant une compétence de principe au Président du Conseil, le chef de l'État ne conservant que la nomination de certains hauts fonctionnaires. Entre ces deux traditions, la Constitution ni même la Loi organique n'ont pas nettement tranché : c'est la raison de la complexité des règles que ces textes énoncent.

11. D'un côté, il en ressort qu'en principe la nomination à tous les emplois civils et militaires de l'État appartient au PDR, le PM n'ayant d'autre pouvoir que celui que le chef de l'État lui délègue. On sent là la trace de la III^e République. D'un autre côté, les règles applicables organisent un partage de compétences entre le PDR et d'autres autorités dont notamment le PM et les ministres. L'esprit de ce partage est très gaullien : au PDR, toute la haute fonction publique, largement entendue ; aux autres, le reste. Cela rappelle le système de la IV^e République, si ce n'est que la compétence du PDR est plus étendue.

12. Il reste à préciser le contenu de cette compétence. À côté de l'affirmation de la compétence de principe du PDR, les textes énumèrent un certain nombre d'emplois supérieurs dont la nomination est réservée au chef de l'État en ce sens que, pour ces emplois, il lui est légalement interdit de déléguer son pouvoir au PM (ou d'ailleurs à toute autre autorité). Ces emplois sont divisés en deux catégories. Pour les plus

6. Conseil constitutionnel, décisions n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, Rec., p. 141 et n° 95-177 L du 8 juin 1995, Rec., p. 211.

importants d'entre eux, la nomination doit être prononcée par un décret délibéré en conseil des ministres. On y retrouve principalement les emplois à la décision du gouvernement, qu'il s'agisse de l'administration d'État proprement dite, ou d'emplois de direction dans les établissements publics et les entreprises du secteur public. Sur ce dernier point, la Loi organique a d'ailleurs délégué de manière parfaitement inconstitutionnelle la compétence que lui a donnée la Constitution; elle dispose en effet que c'est un décret en conseil des ministres (donc du PDR) qui dresse la liste des emplois en cause dont l'importance justifie qu'ils soient pourvus en conseil des ministres; le PDR peut ainsi définir lui-même l'étendue de sa compétence. Il ne s'en est pas privé : le Décret du 29 avril 1959 qui établit la liste en cause a été maintes fois modifié; en particulier, à la veille d'élections législatives périlleuses risquant d'entraîner une défaite de la majorité présidentielle et par suite une situation de cohabitation (voir n° 21 et 24), le nombre d'emplois réservés à la nomination du chef de l'État a été sérieusement augmenté⁷. On ajoutera qu'en mai 1995, lors de la campagne pour l'élection présidentielle, Jacques Chirac avait promis d'abroger ce décret; à ce jour, cette promesse n'a pas été tenue... Pour d'autres emplois, la nomination a lieu par décret simple; il s'agit ici pour l'essentiel de nominations dans les grands corps, ce qui, on l'a vu (voir n° 2), correspond à une compétence assez formelle dans la mesure où l'accès à ces grands corps suppose le succès à un concours.

13. Au total, en termes quantitatifs, environ 1 000 emplois relèvent de la nomination par décret en conseil des ministres et 70 000 de la nomination par décret simple. La compétence du PDR couvre donc bien toute la haute fonction publique, même si la notion est évidemment relative (par exemple, on pourrait y inclure les sous-directeurs et directeurs adjoints des ministères dont la nomination est prononcée par arrêté conjoint du PM et du ministre intéressé). Reste que l'exercice de cette compétence apparaît partagé.

7. Voir les Décrets du 22 février 1967 et, surtout, du 6 août 1985.

B. LA NOMINATION DES GRANDS COMMIS, POUVOIR PARTAGÉ DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

14. La nomination des hauts fonctionnaires est généralement rangée parmi les pouvoirs partagés du chef de l'État au seul motif que ce pouvoir ne peut s'exercer qu'avec le contreseing ministériel (les pouvoirs dits « propres » étant les pouvoirs dispensés de contreseing). Cette approche est insuffisante. D'une part, d'autres éléments que le contreseing implique un partage juridique; d'autre part, l'effectivité de ce partage dépend de données politiques.

1. Le partage juridique

15. D'un point de vue strictement juridique, le PDR n'exerce jamais son pouvoir de nomination des hauts fonctionnaires de manière solitaire. Cet exercice, en effet, obéit à des règles de forme ou de procédure qui exigent l'intervention d'autres autorités dans la nomination. Le pouvoir de nomination du chef de l'État apparaît ainsi partagé avec ces autorités, même si juridiquement, le PDR reste le seul auteur des décrets de nomination qu'il signe. La teneur de ce partage est variable selon les formes et procédures imposées.

16. En premier lieu, certaines nominations de hauts fonctionnaires ne peuvent être prononcées par le chef de l'État que sur la proposition d'autres autorités. Par exemple, les préfets sont nommés par décret du PDR délibéré en conseil des ministres sur proposition du PM et du ministre de l'intérieur; de même, les membres des inspections générales sont nommés par décret présidentiel simple sur proposition du ou des ministres intéressés. L'analyse juridique du partage entre l'organe de proposition et l'organe de nomination est assez subtile. Le pouvoir de proposition apparaît comme un droit d'initiative qui conditionne légalement l'exercice du pouvoir de nommer. En premier lieu, l'organe de proposition peut toujours refuser de proposer une nomination⁸, auquel cas le PDR

8. P. ex., CE, 31 oct. 1962, *Dlle Gravas*, Rec., p. 581; CE, 23 oct. 1985, *Niel*, Rec. tables, p. 549; le juge n'exerce d'ailleurs sur les décisions de l'autorité investie d'un pouvoir de nomination, qu'un contrôle restreint (CE, 14 mai 1997, *Delaunay*, Dr. adm. août-septembre 1997, p. 15, note R.S.).

ne peut légalement nommer personne. En second lieu, le PDR ne peut pas nommer d'autres personnes que celles qui lui sont proposées; mais il n'est pas tenu d'accepter les propositions qui lui sont faites (il peut donc refuser de nommer) et peut en solliciter de nouvelles.

17. En deuxième lieu, certaines nominations de hauts fonctionnaires ne peuvent intervenir que sur le rapport d'une autorité donnée, le plus souvent le PM et (ou) un ministre. Par exemple, les directeurs d'administration centrale, les préfets, les recteurs sont nommés par décrets délibérés en conseil des ministres, pris sur le rapport du PM et du ministre intéressé. La portée juridique de ce pouvoir de rapporter est certainement moindre que celle du pouvoir de proposer. Elle n'est pas inexistante. Selon la jurisprudence du Conseil d'État⁹, l'autorité désignée comme rapporteur d'un décret doit être associée à l'élaboration de celui-ci; s'il n'en a pas été ainsi, le décret pris est illégal.

18. En troisième lieu, certaines nominations de hauts fonctionnaires doivent être précédées d'un avis, dont la portée juridique est variable. Dans certains cas, l'avis ne s'impose pas au chef de l'État qui est libre en droit de passer outre à un avis défavorable à une nomination qu'il envisage de faire; c'est ainsi, par exemple, que la nomination des dirigeants de certains établissements publics de l'État doit être prononcée après avis simple de leur conseil d'administration. Dans d'autres cas, le PDR ne peut nommer que sur avis conforme d'une autre autorité; si l'avis est défavorable à la nomination projetée, le PDR doit renoncer à cette nomination. En d'autres termes, dans ce cas, la nomination ne peut être prononcée qu'avec l'accord de l'organisme consultatif. Toutefois, l'avis conforme concerne surtout les magistrats de l'ordre judiciaire¹⁰.

19. Ainsi qu'il a déjà été noté (voir n° 12), pour les emplois les plus importants, le projet de décret de nomination doit faire l'objet d'une délibération en conseil des ministres, c'est-à-dire

9. CE, ass., 14 avr. 1995, *Caisse autonome de retraite des médecins français*, Rec., p. 181, EDCE 1996, n° 47, p. 306 (l'arrêt a été rendu à propos d'un décret réglementaire, mais l'interprétation qu'il donne paraît valoir pour les décrets individuels).

10. Voir sur ce point la communication de G. GUIHEUX, publiée dans ce même numéro de la *Revue générale de droit*.

qu'il doit y faire l'objet d'une discussion. Assurément, il y a là une règle de procédure dont la méconnaissance entacherait la nomination d'illégalité. Mais l'intervention du conseil des ministres est assez formelle, et ce, à trois égards. En premier lieu, le conseil des ministres n'est pas un organe collégial investi d'un pouvoir de décision : les décrets de nomination délibérés en conseil des ministres ont pour seul auteur le PDR. En deuxième lieu, les nominations sont en réalité arrêtées avant le conseil des ministres et ont donc déjà reçu l'accord des divers organes intéressés. Enfin, le chef de l'État n'est en rien tenu de se prononcer dans le sens préconisé par le conseil : une nomination à laquelle celui-ci se déclarerait défavorable peut être décidée par le PDR; une nomination à laquelle le conseil des ministres se déclarerait favorable peut être refusée par le chef de l'État.

20. Enfin, tous les décrets de nomination de hauts fonctionnaires doivent être contresignés par le PM et le cas échéant, les ministres responsables, ce qui suppose qu'ils y consentent. Cette règle de forme est la traduction juridique de l'irresponsabilité politique du chef de l'État. Sa méconnaissance entache la nomination d'illégalité. Cela étant, le refus de contresigner, toujours juridiquement possible (et qui empêche la nomination), peut être ou non une hypothèse d'école en fonction des données politiques.

2. Les facteurs politiques du partage

21. Comme nous venons de le voir, en droit, le PDR est à des degrés divers contraint d'exercer son pouvoir de nomination en collaboration avec d'autres autorités. Mais l'effectivité de cette contrainte est fonction du rapport politique qui existe entre le chef de l'État et les organes qui sont juridiquement associés à ces décisions, c'est-à-dire, en général, le PM et les ministres. À cet égard, sous la V^e République, la variable fondamentale est évidemment la coïncidence ou la non-coïncidence des majorités parlementaire et présidentielle (situation dite de cohabitation ou de coexistence).

22. La première configuration, la plus fréquente, assure la suprématie du chef de l'État et paralyse les dispositifs formels qui devraient entraîner en droit un partage du pouvoir. Par

exemple, on comprend bien que si le PM et les ministres sont politiquement subordonnés au chef de l'État, il est hors de question, en fait, qu'ils refusent de contresigner une nomination voulue par ce dernier, même si cela demeure possible en droit. En d'autres termes, dans cette situation, le pouvoir de nomination devient au plan politique un pouvoir propre, un pouvoir dont le PDR a seul la maîtrise.

23. La mesure dans laquelle il exerce effectivement cette maîtrise varie en fonction des titulaires de la fonction. On peut certes dégager une constante : tous les présidents ont porté une attention particulière aux nominations concernant la défense nationale et la politique extérieure. Dans les autres secteurs, l'intervention présidentielle a varié. À cet égard, tous les observateurs s'accordent pour estimer que le septennat de Valéry Giscard d'Estaing a marqué une césure. Avant 1974, les interventions présidentielles demeuraient limitées. Le général de Gaulle suivait de près les nominations, notamment celles des officiers supérieurs (en particulier pendant la guerre d'Algérie) et les nominations dans le secteur public des membres des grands corps de l'État ; mais il faisait une large confiance à ses ministres. La présidence de Pompidou marque sur ce terrain une certaine continuité, le PDR n'intervenant réellement que dans certains domaines de prédilection, tels que, par exemple, le secteur audiovisuel. À partir du septennat de Giscard d'Estaing, le PDR est intervenu beaucoup plus largement dans les nominations de hauts fonctionnaires ; le Président n'hésitait pas « à écarter régulièrement des propositions pour affirmer la réalité de son pouvoir et exigeait que plusieurs noms lui soient systématiquement présentés pour les postes à pourvoir »¹¹. De manière générale, ces interventions visaient un but politique, celui que les plus hauts emplois soient pourvus de titulaires partageant les positions du ou des partis au pouvoir. La présidentialisation s'est ainsi accompagnée d'une politisation, sur laquelle on reviendra un peu plus loin (voir n° 41 et suiv.). Cette double orientation n'a fait que s'accroître sous les présidents qui ont succédé à Valéry Giscard d'Estaing, qu'il s'agisse de François Mitterrand ou de Jacques Chirac.

11. Ph. YOLKA, *loc. cit.*, note 4, p. 744.

24. La seconde configuration ci-dessus mentionnée, celle de la cohabitation, se traduit, de manière générale, par un rééquilibrage des institutions au profit du gouvernement et notamment du premier ministre. Cela se fait sentir notamment en matière de nomination : le pouvoir de nommer devient effectivement un pouvoir partagé, les deux têtes de l'exécutif ne pouvant rien l'une sans l'autre. Le Président ne peut agir seul car il a souvent besoin d'une proposition ministérielle et toujours d'un contreseing ministériel, que l'on peut politiquement lui refuser. Mais le gouvernement ne peut rien sans le Président, qui peut refuser de signer les décrets de nomination ou même, plus en amont, refuser d'inscrire à l'ordre du jour du conseil des ministres les projets de décrets de nomination.

25. En pratique, au cours des trois périodes de cohabitation qui ont eu lieu jusqu'ici (1986-1988, 1993-1995, 1997-2002), l'esprit de compromis a prévalu. Comme il se doit, le chef de l'État n'a pas manifesté d'opposition globale aux changements de hauts fonctionnaires que le gouvernement souhaitait opérer, ce qui serait revenu à méconnaître la volonté populaire exprimée lors des élections législatives. Mais il a opposé assez ponctuellement une résistance dont les modalités, les figures ont été variables : opposition nette dans certains cas, retardement de certaines nominations et, surtout, exigence d'un reclassement honorable pour les fonctionnaires remplacés. Cet esprit de compromis ne va pas d'ailleurs sans inconvénient qui aboutit parfois à la nomination de personnalités « dont le principal mérite est de ne déplaire à personne »¹². Voilà qui offre un début de réponse à la seconde question annoncée : qui est nommé ?

II. QUI EST NOMMÉ ?

26. Comme on l'a déjà vu (voir n° 3), ce qui caractérise la nomination des hauts fonctionnaires, c'est la liberté de choix dont dispose le pouvoir politique. Cette liberté toutefois, n'est pas totale ; elle fait l'objet d'un encadrement juridique qui a eu tendance, ces dernières années, à se renforcer un peu. Ce renforcement s'explique par la manière dont, à l'intérieur de ce cadre juridique, le pouvoir politique exerce sa liberté de choix.

12. *Id.*, p. 749.

A. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA LIBERTÉ DE CHOIX DES GRANDS COMMIS

27. Il a été montré plus haut (voir n° 15 et suiv.) que l'exercice du pouvoir de nomination fait l'objet d'un encadrement procédural. Ici, c'est l'existence de conditions de fond à la nomination qui nous intéresse, notamment l'exigence éventuelle d'une compétence professionnelle. Pour déterminer ce qu'il en est, il faut prendre en considération les règles posées par les textes et le contrôle que le juge peut être amené à exercer sur la légalité des décrets de nomination.

1. Les textes

28. Selon les textes, par hypothèse, l'autorité de nomination jouit d'un très large pouvoir discrétionnaire. En particulier, elle peut faire appel aussi bien à des fonctionnaires qu'à des personnes qui n'appartiennent pas à la fonction publique. Dans le premier cas, le fonctionnaire est placé en position de détachement, conserve son grade dans son corps d'origine et continue d'y bénéficier de ses droits à avancement et à pension de retraite. Dans le second, la nomination n'entraîne pas la titularisation, ce qui implique que les intéressés, sans doute agents publics, n'ont pas juridiquement la qualité de fonctionnaire, celle-ci étant précisément liée à la titularisation. Ce pouvoir discrétionnaire de nomination s'accompagne d'un pouvoir discrétionnaire de révocation : l'autorité peut mettre fin aux fonctions des intéressés dans l'intérêt du service et notamment pour des raisons de convenance politique.

29. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire de nomination (qui nous intéresse plus particulièrement) n'est pas absolu.

30. En premier lieu, pour les emplois qui entrent dans le champ du statut général des fonctionnaires, les conditions générales d'accès à la fonction publique doivent être réunies ; mais, à la vérité, ces conditions ne sont guère exigeantes¹³ et,

13. En bref : nationalité française ou dans certaines limites d'un État membre de l'Union européenne, jouissance des droits civiques, compatibilité du passé pénal avec l'exercice de fonctions publiques, accomplissement des obligations du service national (devenues fort légères), aptitude physique.

en outre, cela ne concerne pas les emplois de direction des entreprises publiques qui se situent en dehors du champ du statut.

31. Beaucoup plus intéressant est le fait que pour certains emplois, l'ébauche d'un statut particulier manifeste une certaine professionnalisation.

32. Cela est vrai mais de manière très limitée pour les recteurs d'académie (il s'agit d'autorités administratives déconcentrées qui dirigent les services locaux du ministère de l'éducation nationale) : des dispositions réglementaires¹⁴ exigent d'eux une qualification en matière d'enseignement et de recherche attestée par la détention de certains diplômes universitaires (habilitation à diriger des recherches en principe, doctorat dans certaines limites).

33. Le phénomène est surtout marqué pour les Préfets. La situation juridique de ces derniers est en effet assez ambiguë. Préfet, c'est une fonction à la discrétion du gouvernement. Mais il existe aussi un corps préfectoral, doté d'un statut particulier, dans lequel on peut être titularisé et auquel on continuera d'appartenir même quand on se voit retirer la fonction de Préfet. Ce développement d'un statut préfectoral se manifeste notamment sur le plan de la nomination à l'emploi de préfet. Quatre cinquième des emplois sont en effet réservés aux sous-préfets et aux administrateurs civils ayant une certaine durée de services, ce qui revient à réserver la plus grande partie des emplois de préfet à des personnes qui ont une réelle expérience administrative ou même qui sont des professionnels de l'administration (cas des administrateurs civils). Seuls donc un cinquième des postes relèvent de la nomination discrétionnaire du PDR (ce que l'on appelle habituellement, mais de manière qui n'est pas tout à fait exacte techniquement, le tour extérieur).

34. Une autre limite du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de nomination procède de la préoccupation d'éviter un conflit d'intérêts. De manière générale, le droit français de la fonction publique et le droit pénal édictent diverses interdictions destinées à prévenir un tel conflit. Ainsi de l'interdiction de cumuler un emploi public avec une activité privée lucrative,

14. *Code de l'éducation*, art. R. 222-13.

de prendre ou de conserver des intérêts dans une entreprise privée que l'on a sous son contrôle, d'exercer certaines activités privées pendant un certain délai après la cessation de fonctions. Mais, en principe, ces interdictions visent le comportement des agents et non pas les décisions de nomination. Ce principe comporte, toutefois, une exception très révélatrice de la tendance au renforcement de l'encadrement juridique du pouvoir de nomination des hauts fonctionnaires. Parmi les emplois supérieurs à la décision du gouvernement figurent, on l'a vu, certains emplois de direction d'entreprises du secteur public ou parapublic (dont certaines peuvent d'ailleurs être juridiquement des entreprises privées). Il est courant que des fonctionnaires soient nommés à la tête de ces entreprises (ils sont mis en disponibilité ou en position de détachement), alors même que dans l'exercice de leurs fonctions, ils étaient chargés d'exercer sur elles un contrôle. Cela crée, entre contrôleurs et contrôlés, une collusion d'intérêts malsaine. Le Conseil d'État a voulu réagir, à la mesure de ses moyens, contre cette situation. À cette fin, il a audacieusement utilisé un texte du *Code pénal* (art. 423-12) qui n'avait pas été conçu pour régir les nominations. Ce texte réprime le fait pour une personne qui, au titre de ses fonctions dans l'administration, était chargée de contrôler une entreprise privée ou publique (intervenant dans le secteur concurrentiel et gérée selon les règles du droit privé) de prendre un emploi dans cette entreprise dans les cinq années suivant la cessation de ses fonctions; on voit que cette disposition ne vise que les initiatives du fonctionnaire et non les décisions de l'autorité de nomination. Mais, dans un arrêt qui a fait grand bruit¹⁵, le Conseil d'État a jugé qu'elle était également opposable aux autorités publiques, à qui elle interdit de prononcer des nominations qui placeraient leurs bénéficiaires dans la situation incriminée; en conséquence, il a annulé un Décret du 29 décembre 1994 nommant un inspecteur des finances, chef de service à la direction du trésor, comme 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.

15. CE, ass. 6 déc. 1996, *Soc. Lambda*, Rec., p. 465, concl. PIVETEAU.

Voilà qui manifeste l'existence d'un contrôle juridictionnel sur la légalité des décisions de nomination.

2. Le contrôle juridictionnel de la légalité des décrets de nomination

35. Ce contrôle présente deux traits principaux. En premier lieu, il relève de la compétence directe du Conseil d'État dans les mains duquel tout le contentieux de la haute fonction publique est ainsi concentré¹⁶. En second lieu, ce contentieux est fort rare : quelques décisions en matière de révocation ; quasiment aucune en matière de nomination. Ce fait va évidemment dans le sens de la liberté de manœuvre du pouvoir politique, puisque le juge, ici, n'est presque jamais saisi. Deux raisons paraissent expliquer cette situation. D'abord, il n'est pas dans les mœurs des hauts fonctionnaires de contester la légalité des décisions de nomination du PDR et, d'ailleurs, celui qui tenterait cette aventure risquerait fort de voir sa carrière administrative compromise. Ensuite, dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire de l'autorité politique demeure très large, les chances d'aboutir à une annulation sont faibles ; en d'autres termes, le développement du contrôle juridictionnel en matière de fonction publique est liée à la professionnalisation, à la mise en place de statuts et à la création d'organisations corporatives vouées à leur défense : tous éléments qui font ici défaut.

36. Au-delà de ces caractéristiques générales, une question de principe mérite d'être posée. Cette question est inspirée par le contentieux différent, mais voisin, de la légalité des décrets de nomination « au tour extérieur » dans les grands corps. Schématiquement, il s'agit là d'une procédure d'accès direct à un corps, c'est-à-dire sans concours. L'idée est de faire bénéficier l'administration de compétences acquises en dehors d'elle et d'assurer une promotion interne. Dans ce domaine également, les autorités politiques détiennent un large pouvoir discrétionnaire. Par exemple, un tiers des emplois

16. Voir art. R. 311-1, 3°) du *Code de justice administrative*.

de conseillers d'État peuvent être pourvus au tour extérieur sans autre condition que celle d'avoir au moins 45 ans. Il a parfois été scandaleusement abusé de cette liberté. Pour réagir contre ces abus, le Conseil constitutionnel a imposé que ces nominations se fassent dans le respect du principe d'égale admissibilité aux emplois publics; cela suppose que le choix des candidats « soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur sont confiées »¹⁷. De la conjonction de ces éléments — pouvoir discrétionnaire mais exigence du respect du principe d'égale admissibilité — le Conseil d'État a inféré qu'il lui appartient d'exercer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'aptitude des personnes nommées au tour extérieur, c'est-à-dire de vérifier que ces personnes ont le minimum de compétences nécessaires à l'exercice des fonctions qu'elles auront à remplir¹⁸. Dès lors, la question s'impose : le même type de contrôle doit-il être exercé sur les nominations aux emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement? La réponse est probablement positive, au moins pour les préfets dont la nomination est assimilée à un tour extérieur¹⁹. Voilà qui aurait une grande portée doctrinale car il serait ainsi affirmé que même sur ces nominations, le principe d'égale admissibilité conserve un minimum d'empire (il est de toute façon écarté en tant qu'il interdit la prise en considération des opinions politiques dans le recrutement, cette prise en considération étant ici, par hypothèse, permise). Mais la portée pratique d'une telle solution serait sans doute faible : les cas d'inaptitude manifeste sont (heureusement) rares, les nominations tenant souvent compte, en fait, de la compétence professionnelle : on touche ici à l'exercice de la liberté de choix laissée aux autorités compétentes.

17. Conseil constitutionnel, décision n° 84-79 DC du 12 septembre 1984, Rec., p. 73.

18. CE, ass., 19 déc. 1986, *Syndicat national des affaires culturelles Force ouvrière*, Rec., p. 285; CE, ass. 19 déc. 1986, *Thomas et autre*, Rec., p. 287, concl. BONICHOT.

19. Dans ce sens, voir concl. R. SCHWARTZ sur CE, ordonnance, 29 janv. 1997, *Association du corps préfectoral*, AJDA 1997, p. 297.

B. L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ DE CHOIX DES GRANDS COMMIS

37. L'examen de la manière dont le pouvoir politique exerce la liberté de choix que lui laisse le droit fait ressortir deux faits majeurs.

38. En premier lieu, il apparaît que la population à l'intérieur de laquelle le choix est opéré est, somme toute, assez restreinte. En effet, la plupart des titulaires des hauts postes administratifs sont recrutés parmi les fonctionnaires; la proportion de non-fonctionnaires est faible; parmi les fonctionnaires, ce sont plus particulièrement certains corps qui fournissent la majeure partie des hauts fonctionnaires parmi lesquels, bien sûr, les grands corps dominant. Par conséquent, d'un point de vue sociologique, la liberté de choix du pouvoir politique apparaît assez limitée²⁰.

39. Cette limitation tient principalement à deux causes. La première réside tout simplement dans la nécessité de fait de prendre en compte les compétences professionnelles spécifiques que peuvent exiger les emplois à pourvoir. Par exemple, en droit, il est sans doute possible de nommer à peu près n'importe qui directeur du budget; en fait, il est inconcevable de ne pas nommer un expert en matière de finances publiques. La seconde cause, moins évidente, tient au poids des traditions administratives qui réservent certains emplois aux membres de certains corps, notamment mais pas exclusivement les grands corps. Ce phénomène bien connu des « chasses gardées » se rencontre d'abord dans les administrations centrales. Par exemple, au ministère de l'Économie et des Finances, les postes de direction sont normalement réservés aux inspecteurs des finances; au ministère de la Justice, l'usage veut que les mêmes postes soient pourvus par des magistrats de l'ordre judiciaire. Le phénomène existe aussi, mais peut-être dans une moindre mesure, pour les postes de direction d'établissements publics ou d'entreprises publiques; par exemple, EDF est traditionnellement une chasse gardée des polytechniciens.

20. Sur ce point, voir notamment J.-L. BODIGUEL, « Que reste-t-il des emplois à la discrétion du gouvernement? », *Cahiers de la fonction publique*, mai 1999, p. 7.

40. La nature même de ces contraintes de fait implique que leur force est très variable : l'exigence de compétence professionnelle est évidemment inégale selon que les emplois sont plus ou moins spécialisés ; les « chasses gardées » ne concernent par hypothèse que certains emplois et leur poids réel est d'ailleurs plein de nuances. Le cas des ambassadeurs est à cet égard topique. On comprend bien que ce poste n'exige pas une compétence technique aussi spéciale que celle de directeur du budget ou du Trésor ; par ailleurs, on peut estimer que les membres du corps diplomatique (qui réunit tous les agents de niveau inférieur à celui d'ambassadeur) ont une vocation particulière à accéder au poste d'ambassadeur, mais il ne s'agit pas ou pas encore d'un usage aussi affirmé que ceux précédemment mentionnés. C'est ce qui explique qu'en 1981, notamment, le Président Mitterrand ait pu nommer d'assez nombreux ambassadeurs qui étaient totalement extérieurs à la carrière diplomatique, ce qui a d'ailleurs été mal vécu par les diplomates de carrière (cette réaction sociale négative pouvant elle-même contribuer à la formation d'un usage).

41. Le second fait majeur annoncé concerne le rôle que les critères politiques jouent effectivement dans le choix des grands commis de l'État. Comme on l'a vu, il est légalement possible de tenir compte de tels critères ; mais cela ne préjuge pas la question de savoir si, en fait, les considérations politiques jouent un rôle, dans quelle mesure et selon quelles modalités.

42. À la vérité, cela en préjuge d'autant moins que, à l'origine de la V^e République, on pouvait soutenir que l'attribution du pouvoir de nomination de la haute fonction publique au PDR était précisément destinée à éviter la politisation de celle-ci²¹. Constitutionnellement investi de la qualité d'arbitre²², le Président de la République pouvait alors être regardé comme un personnage impartial situé au-dessus des partis, comme l'est théoriquement le chef de l'État dans un régime parlementaire. Dans ces conditions, l'attribution au PDR du pouvoir de nomination des hauts fonctionnaires pouvait être conçue comme un moyen de garantir la neutralité

21. Sur ce point, voir notamment E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 1998, pp. 456-458.

22. Article 5 de la Constitution.

des grands commis contre la tendance naturelle du gouvernement à se subordonner la haute administration. Mais cette conception n'a pas prévalu dans les faits. La présidentialisation du régime, du fait notamment de l'élection du PDR au suffrage universel direct, fait du chef de l'État, non pas un arbitre, mais un pouvoir partisan, le véritable chef du gouvernement et le leader d'une majorité politique. Dans ces conditions, loin d'avoir été un rempart contre la politisation, le PDR en a été le principal instrument. En d'autres termes, comme il a déjà été relevé (voir n° 23), la politisation est la conséquence de la présidentialisation. On pourrait, dès lors, croire que cette politisation s'atténue en période de cohabitation : le régime prend alors une tournure parlementaire et le PDR pourrait se conduire en arbitre impartial. Mais, en réalité, il n'en est rien. D'une part, comme dans tous les régimes parlementaires monistes, le chef de l'État n'est pas vraiment en mesure de s'opposer aux volontés du gouvernement, qui incarne la légitimité démocratique la plus récente; d'autre part, il use de son pouvoir à des fins personnelles ou politiques qui n'ont guère à voir avec le souci de la neutralité de la haute fonction publique.

43. Encore faut-il, pour rendre un compte exact de la politisation de haute fonction publique, distinguer les périodes.

44. Jusqu'en 1974, cette politisation est demeurée limitée. De Gaulle, dont on a vu qu'il suivait généralement l'avis de ses ministres (voir n° 23), n'avait qu'une exigence d'ordre politique, que l'intéressé fût « national », c'est-à-dire qu'il ne fût pas communiste²³. On retrouve une faible politisation sous Pompidou, même si l'emprise du parti dominant (UDR) sur la haute fonction publique s'est sans doute accrue.

45. La situation a changé avec l'arrivée au pouvoir de Giscard d'Estaing : tous les observateurs sont d'accord pour dire que de cette époque date une politisation accrue de la haute fonction publique²⁴, c'est-à-dire l'exigence beaucoup plus systématique que les hauts fonctionnaires partagent les vues politiques des gouvernants en place; la sélection est d'ailleurs

23. Voir J.-F. KESSLER, *Les hauts fonctionnaires, la politique et l'argent*, Albin Michel, 2005, p. 181.

24. Voir notamment le témoignage de Fr. BLOCH-LAINÉ, *Profession : fonctionnaire*, Le Seuil, 1976, p. 231.

faite plutôt par les hommes politiques personnellement, que par les partis. Cette exigence a débouché sur la mise en place et l'acceptation progressive d'un système des dépouilles à la française : chaque alternance politique s'accompagne d'une alternance administrative, c'est-à-dire du changement d'une grande proportion des titulaires des hauts emplois administratifs (notamment : directeurs d'administration centrale, préfets, recteurs, ambassadeurs et nombre de dirigeants d'établissements publics et d'entreprises publiques)²⁵.

46. De ce système, il faut d'abord marquer la nouveauté. Sous les Républiques précédentes, les nombreux changements de gouvernement ne s'accompagnaient pas au même degré de changements de hauts fonctionnaires. La raison en est fort simple : la plupart du temps, l'arrivée aux affaires d'un nouveau cabinet ne traduisait pas une modification d'orientation politique, mais une nouvelle combinaison partisane ; faute d'une authentique alternance politique, il n'y avait pas non plus de véritable alternance administrative.

47. Parler d'un système des dépouilles « à la française » laisse attendre des différences avec le cas de référence, c'est-à-dire celui des États-Unis. En un mot, la manière française semble moins brutale (ce qui n'a pas d'ailleurs que des avantages), et ce, à deux égards. En premier lieu, sauf peut-être en 1981 (compte tenu du contexte politique), l'alternance administrative s'effectue de manière assez étalée dans le temps de telle sorte que, selon un bon connaisseur de ces questions, il faut, pour en apprécier l'ampleur, prendre en compte une période de 18 mois suivant l'arrivée d'un nouveau gouvernement²⁶. Ensuite, les hauts fonctionnaires qui sont renvoyés sont d'une manière ou d'une autre recasés dans d'autres emplois (notamment en utilisant le tour extérieur) et même parfois de manière préventive : aux dépouilles des vainqueurs s'ajoutent ainsi les dépouilles des vaincus.

48. L'impression d'ensemble que laisse finalement la nomination des hauts fonctionnaires en France est un peu ambivalente. D'un côté, les données politiques y paraissent

25. Pour une description récente de ce phénomène, voir J.-F. KESSLER, *Les hauts fonctionnaires, la politique et l'argent, op. cit.*, p. 191-236.

26. J.-F. KESSLER, *Les hauts fonctionnaires, la politique et l'argent, op. cit.*, p. 212.

déterminantes, qu'il s'agisse de la réalité du pouvoir de nomination ou des critères de la nomination. Mais d'un autre côté, le recrutement manifeste, en fait, une certaine professionnalisation et ce phénomène de fait a une certaine influence sur les conditions juridiques de la nomination, au moins dans le cas des préfets.

Jacques Petit
9, rue Jean Macé
35042 Rennes Cedex
Tél. : 02 23 23 76 34
jacques.petit@wanadoo.fr