

Université de Lyon
Université Jean Moulin – LYON 3
Faculté de droit

LE CONTRÔLE PARLEMENTAIRE
DU POUVOIR DE NOMINATION DU PRÉSIDENT DE
LA RÉPUBLIQUE

Christophe Testard

*Sous la direction de Madame Sylvie Caudal
Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3*

Mémoire présenté et soutenu en vue de l'obtention du
Master 2 Droit public
Parcours Recherche
Droit public fondamental

Année universitaire 2009 - 2010

AVANT-PROPOS

L'Équipe de droit public, alors animée par madame le professeur Sylvie Caudal, a décidé, il y a quelques années, de lancer une collection des « *Mémoires de l'Équipe de droit public* » destinée à publier les meilleurs mémoires des masters 2 recherche qui lui sont rattachés.

Cette démarche constitue à présent un élément à part entière de la politique scientifique de cette équipe dont l'objectif est de valoriser les meilleurs travaux de recherche réalisés au cours d'une année universitaire.

Certes, ces travaux n'ont pas la dimension d'une thèse mais, qu'ils aient une forte dimension historique, positiviste ou théorique, ils constituent un travail original dont la qualité est attestée par les responsables des masters concernés. Ces travaux participent également au rayonnement des travaux de l'Équipe de droit public.

C'est dans ce cadre que s'inscrit le mémoire de monsieur Christophe Testard, qui est le 15^{ème} volume de cette collection.

Ce mémoire, qui porte sur « *le contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du Président de la République* », a été préparé sous la direction de madame le professeur Sylvie Caudal, directrice de l'Institut d'Études Administratives relevant de l'Équipe de droit public. Il a été soutenu en 2010 dans le cadre du Master 2 Recherche Droit public fondamental.

Cette étude est d'une véritable actualité juridique et trouve sa place dans un questionnement traditionnel du droit public français.

Élément central de la réforme constitutionnelle de 2008, cette nouvelle compétence parlementaire avait suscité des interrogations quant au principe de séparation des pouvoirs, et quant à une possible remise en cause des équilibres institutionnels de la V^{ème} République. Plus d'un an d'application de cette procédure, analysés dans ce mémoire, ont cherché à démontrer qu'elle permet à la fois d'introduire une dose de transparence dans le processus de nomination, sans pour autant remettre en cause la compétence quasi discrétionnaire du Président de la République.

La qualité de ce travail a été reconnue au sein du Master et de l'Équipe de droit public. Il paraissait alors indispensable d'en assurer sa diffusion au-delà des murs de notre faculté de droit ; c'est chose faite au travers de la présente publication.

Caroline Chamard-Heim
Professeur de droit public
Directrice de l'Équipe de droit public
Université Jean Moulin – Lyon 3

REMERCIEMENTS

Au terme de la présente recherche, qu'il me soit permis de remercier Madame le Professeur Sylvie Caudal, pour ses précieux conseils, sa disponibilité et ses encouragements.

Que Madame le Professeur Caroline Chamard-Heim soit également remerciée pour avoir accepté de juger ce travail.

Je remercie par ailleurs l'ensemble des enseignants du Master 2 recherche Droit public fondamental, pour leurs enseignements indispensables.

Enfin, parce que ce mémoire clôt cinq années de soutien indéfectible, je tiens à remercier ma famille, spécialement Laëtitia S., qui donne un sens au travail effectué.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	- 13 -
TITRE 1 - UNE RÉFORME ATTENDUE ET JUSTIFIÉE	- 25 -
CHAPITRE 1 - UNE RÉFORME INSPIRÉE: L'INFLUENCE DES MODÈLES ÉTRANGERS	- 27 -
SECTION 1- Le régime présidentiel, un modèle de contrôle non absolu.....	- 28 -
SECTION 2 - L'adoption d'une procédure de contrôle par les régimes parlementaires	- 37 -
CHAPITRE 2 - UNE RÉFORME ATTENDUE	- 49 -
SECTION 1 - Un contexte juridique et politique favorable à la mise en place d'une procédure de contrôle.....	- 50 -
SECTION 2 - La traduction juridique d'une volonté politique.....	- 59 -
TITRE 2 - UNE RÉFORME CENTRALE CONDITIONNÉE PAR LA PRATIQUE ...	- 83 -
CHAPITRE 1 – L'INTERVENTION DES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES, UNE AVANCÉE INCONTESTABLE.....	- 85 -
SECTION 1- La procédure avant le vote, le choix de la transparence.....	- 86 -
SECTION 2- Les modalités du scrutin, nécessité d'une procédure uniforme	- 102 -
CHAPITRE 2 : UNE PORTÉE RÉELLE DE LA RÉFORME À DÉFINIR.....	- 113 -
SECTION 1- Des pouvoirs de contrôle limités	- 113 -
SECTION 2 - La portée de l'avis, un élément soumis à la pratique.....	- 132 -
CONCLUSION.....	- 147 -
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....	- 149 -

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Art.	Article
Ass.	Assemblée
C	Constitution
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
Chap.	Chapitre
coll.	Collection
concl.	Conclusions
D.	Dalloz
DA	Droit administratif
dir.	Direction
éd.	Édition
HALDE	Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité
Ibid.	Ibidem
J-CI	Jurisqueur
JCP A	La semaine juridique, édition Administration
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JORF	Journal Officiel de la République Française
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
RA	Revue administrative
RDP	Revue du Droit public et de la science politique
Rec.	Recueil
RFDA	Revue française de Droit administratif
RFDC	Revue française de Droit constitutionnel
p.	Page
s.	suivantes
spéc.	Spécialement
ss	Sous
vol.	Volumes

*« La première conjecture que l'on
fait du cerveau d'un maître est de voir les
hommes qu'il a autour de lui ».*

Machiavel (*Le Prince*)

INTRODUCTION GÉNÉRALE*

Dans ses *Mémoires* publiées en 1978, le Président américain Richard Nixon écrivait : « Je regrette que durant mon premier mandat...nous n'ayons pas nommé à tous les postes clés des ministères et des organismes des gens loyaux à l'égard du Président et de ses programmes...j'étais déterminé à ne pas commettre à nouveau la même erreur ». Par cette vérité claire et sans détour, l'ancien Président mettait en exergue les liens forts et nécessaires qui existent entre l'Administration, par le biais de ses agents, et le pouvoir politique.

« La théorie traditionnelle du droit public fait apparaître l'administration comme placée dans la dépendance du pouvoir politique. [...] Cette dépendance demeure le principe dans les Etats modernes »¹. Le thème de la politisation de la fonction publique est un thème récurrent de l'étude politique et administrative. Il consiste à mettre en avant l'existence de ces liens, inévitables, entre d'un côté le pouvoir politique, qui bénéficie de l'onction démocratique, et de l'autre l'Administration, ici entendue dans son acception organique. Ces liens trouvent leur origine dans le rôle même de l'Administration, qui obéit au pouvoir politique, placé en position de supérieur hiérarchique. Elu sur l'exécution d'un programme, le politique bénéficie de l'Administration en tant qu'outil de mise en œuvre de ce programme. Mais, là où l'Administration offre stabilité et permanence, le politique est marqué par un caractère éphémère. Aussi, ce dernier est-il conduit à chercher à maîtriser l'Administration, afin qu'elle soit « réactive », ce qui passe notamment par les mécanismes de nominations des agents.

L'intervention du pouvoir politique dans la nomination des agents publics apparaît comme une nécessité, souvent décriée, car de prime abord soumise à un principe de partialité. Les mouvements massifs de « rotation » à la suite d'élections sont le reflet le plus déformant d'une réalité complexe. Le rôle du pouvoir politique en la matière varie d'ailleurs selon les Etats : s'il est très important aux Etats-Unis, il apparaît comme quasi inexistant au Danemark ou au Royaume-Uni. En effet, à la nomination par la voie politique s'oppose la nomination

* Ce mémoire ayant été soutenu en septembre 2010, il a fait l'objet d'une mise à jour en juillet 2011, afin de maintenir la cohérence et l'intérêt de l'étude. Réalisé alors que la réforme venait d'être adoptée, une année d'application n'en a pas bouleversé l'économie générale, et n'a fait qu'accentuer les principales conclusions.

¹ AUBY (J-M), AUBY (J-B), JEAN-PIERRE (D), TAILLEFAIT (A), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, p.5

par la voie administrative. Cette dernière met en avant un pouvoir de nomination confié à des autorités administratives, dépourvues de caractère partisan, telles que des commissions ou des comités.

Pour autant, il conviendrait de ne pas tomber dans un schéma qui opposerait nomination par la voie politique, synonyme d'un système partisan, et nomination par la voie administrative, synonyme d'un système parfaitement neutre. La voie administrative n'est pas un gage de neutralité absolue, compte tenu de la difficulté d'évincer tout caractère politique d'une procédure de nomination. En réalité, le principe de neutralité doit s'analyser, non pas dans le mode de nomination, mais dans les motivations qui ont concouru à ladite nomination. Car la distinction principale qui doit être faite consiste à distinguer les emplois, dits politiques, c'est-à-dire pour lesquels le motif politique est à l'origine même de la nomination¹, des emplois pour lesquels un motif politique est parfaitement inenvisageable. S'applique alors un principe de neutralité, qui concerne en réalité la majeure partie des nominations d'agents publics. Ce principe de neutralité, entendu au sens d'absence d'esprit partisan, est en soit un moyen de contrôle, en tous cas de limitation, du pouvoir de l'autorité de nomination.

S'il est évident que le pouvoir de nomination octroyé au pouvoir politique est une prérogative majeure, il n'en apparaît pas moins que cette prérogative ne saurait être laissée à l'arbitraire. Des moyens de contrôle doivent donc être envisagés, contrôle qui semble toujours tiraillé par la nécessité pour le pouvoir politique de disposer d'une certaine liberté. Un rapport de l'OCDE, publié en 2007, relevait ainsi que « *dans leur quête de légitimité, les régimes démocratiques se trouvent tenus de concilier, non sans quelque difficulté, les deux principes que sont le fonctionnement équitable et non partisan de l'administration et, conformément à la loi, la réactivité des fonctionnaires aux politiques du pouvoir exécutif en place* »².

Cet objectif de « *réactivité* », qui justifie l'intervention politique, et qui est légitime, a été galvaudé pour apparaître comme la volonté du parti au pouvoir de s'accaparer les moyens de l'Etat : n'a-t-on pas entendu en France les voix s'élever contre « *l'Etat-socialiste* » ou « *l'Etat-RPR* » ? C'est donc la dénaturation du principe de réactivité, dénaturation dans laquelle les partis politiques ont leur part, du fait des excès qui ont pu suivre l'arrivée au

¹ L'exemple le plus emblématique étant en France la nomination des préfets.

² MATHESON (A), « *Etude 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, p.4

pouvoir d'une nouvelle majorité, qui a conduit à s'interroger sur un encadrement plus strict des nominations.

Le terme de nomination n'est pas propre au secteur public. Il traduit en réalité l'action d'une autorité, extérieure ou non, qui affecte à un poste ou une mission prédéfinis une autre personne. Simplement, la nomination est un acte fort du secteur public dans la mesure où elle est un des « critères » de définition de la qualité de fonctionnaire. Elle désigne l'acte par lequel l'autorité administrative affecte à un emploi vacant une personne, qui en remplit les conditions d'accessibilité. La nomination revêt donc un caractère formel, matérialisé par un acte administratif *portant nomination*, mais également un caractère substantiel, en ce sens qu'elle consacre les qualités professionnelles du candidat. Car en effet, la nomination à un emploi de la fonction publique est généralement soumise à des conditions, à la fois de forme et de fond. S'agissant des conditions de forme, il s'agit du respect de procédures, telles que la nécessité d'un avis préalable pour certaines nominations, ou encore des conditions de forme classiques en matière d'actes administratifs, telles que la signature de l'autorité compétente. S'agissant des conditions de fond, le candidat doit répondre à des obligations propres à chaque emploi, essentiellement des conditions de diplômes, la réussite à un concours, etc... La nomination est donc l'aboutissement d'un processus conditionné, à ce titre soumis à contrôle.

Le contrôle du pouvoir de nomination correspond à des réalités multiples. La notion de contrôle s'entend d'une vérification, tendant à assurer qu'une action, un acte, respecte des conditions, obligations préétablies. Il s'exerce donc nécessairement par rapport à des facteurs externes préétablis. En matière de nominations, plusieurs éléments peuvent apparaître comme déterminant une forme de contrôle. Ainsi, la réussite à un concours peut-elle apparaître comme procédant d'un contrôle des capacités intellectuelles. Le respect de certains principes, s'imposant à l'autorité de nomination, est une autre forme de contrôle. A cet égard, il est possible de se référer au respect du principe de neutralité évoqué précédemment. Mais le contrôle prend tout son sens lorsqu'il est effectué par une personne externe et indépendante, qui a la possibilité de contrôler le respect, par l'autorité de nomination, des conditions nécessaires. On pense ici au juge, plus particulièrement au juge administratif s'agissant d'actes administratifs, mais pas seulement : d'autres autorités sont appelées à jouer un rôle en la matière, tel que le pouvoir législatif.

Il convient ici, après cette vue générale et par définition succincte, de s'attacher plus particulièrement à un type de nominations, les nominations effectuées par le Président de la

République française, et à un type de contrôle particulier, qui a l'aura de la nouveauté, le contrôle parlementaire. Cette nouveauté du droit constitutionnel français a été introduite par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, dite *de modernisation de la Vème République*¹, et vient mettre un terme à l'étanchéité quasi parfaite qui existait entre le pouvoir de nomination du Président de la République et l'idée d'un contrôle par l'organe parlementaire. Car un bref aperçu historique du pouvoir de nomination en France permet de dégager deux « idées force » : la compétence de nomination est une prérogative du chef de l'Etat ; aucun contrôle parlementaire n'est envisagé par le texte constitutionnel.

Le pouvoir de nomination est en France, traditionnellement, une prérogative du chef de l'Etat. Il s'agit historiquement d'une prérogative royale, relevant donc du seul monarque. Pour des raisons d'unité et d'autorité, le Roi nommait bien entendu les principaux commis de l'Etat, au titre desquels il est loisible de citer le Chancelier, les secrétaires d'Etat ou encore le contrôleur général des finances, mais également des agents chargés de le représenter dans les provinces. Ces nominations sont marquées par leur caractère *intuitu personae* : le Roi nomme et destitue ces serviteurs de l'Etat, de manière discrétionnaire. Des exemples de personnages jalonnent l'Histoire, tels que les *missi dominici* de Charlemagne ou encore les intendants du XVIIIème siècle. Ces personnages, qualifiés de commissaires, s'opposent aux officiers, titulaires d'un office, qui leur confère une charge qui va peu à peu devenir patrimoniale, et donc transmissible. Cette patrimonialité des offices confère une indépendance certaine à leurs titulaires, mais surtout, prive le Roi de son pouvoir de nomination : le lien est rompu entre l'agent et l'autorité administrative suprême.

La nuit du 4 août 1789 met fin aux privilèges de l'Ancien Régime, et donc au système des offices. La période troublée de la Révolution n'a pas mis fin au principe de la nomination royale, tant il apparaît légitime : la Constitution du 3 septembre 1791² conforte le Roi dans son rôle d'autorité suprême de nomination. La fin de la monarchie perpétue le pouvoir de

¹ JORF du 24 juillet 2008, p.11890

² Titre III, chap.IV, art.2 : « *Le Roi nomme les ambassadeurs, et les autres agents des négociations politiques. Il confère le commandement des armées et des flottes, et les grades de Maréchal de France et d'Amiral. Il nomme les deux tiers des contre-Amiraux, la moitié des lieutenants-généraux, maréchaux de camps, capitaines de vaisseau, et colonels de la gendarmerie nationale. Il nomme le tiers des colonels et des lieutenants-colonels, et le sixième des lieutenants de vaisseau : le tout en se conformant aux lois sur l'avancement. Il nomme dans l'administration civile de la Marine, les ordonnateurs, les contrôleurs, les trésoriers des arsenaux, les chefs des travaux, sous-chefs des bâtiments civils, la moitié des chefs d'administration et des sous-chefs de constructions. Il nomme les commissaires auprès des tribunaux. Il nomme les préposés en chef aux régies des contributions indirectes, et à l'administration des domaines nationaux. Il surveille la fabrication des monnaies, et nomme les officiers chargés d'exercer cette surveillance dans la commission générale et dans les hôtels des monnaies. [...]* ».

Art.3 : « *Le Roi fait délivrer les lettres patentes, brevets et commissions aux fonctionnaires publics ou autres qui doivent en recevoir* ».

nomination dans les mains de l'autorité exécutive : l'acte constitutionnel du 24 juin 1793, jamais appliqué, prévoyait en son article 69, que le « *Conseil [exécutif] nommé, hors de son sein, les agents extérieurs de la République* ». Sous le régime du Directoire, la Constitution du 5 fructidor An V confère un large pouvoir de nomination aux directeurs, en vertu des articles 146, 148, et 153 à 155¹. La Constitution du 22 Frimaire An VIII renoue avec l'incarnation du pouvoir de nomination dans un seul homme, le Premier Consul², et étend considérablement l'habilitation constitutionnelle. Le Premier Empire n'est que la continuité de ce régime en la matière, et la personnalisation du pouvoir atteint son paroxysme : l'Empereur se constitue un vivier d'hommes « fidèles » au sein du Conseil d'Etat. Les deux Chartes de 1814 et 1830 consacrent l'extension des pouvoirs du chef de l'Etat, de nouveau le Roi, en matière de nominations. Les articles 14 du texte de 1814 et 13 de 1830 disposent, par la même formule, que le monarque constitutionnel « *nommé à tous les emplois d'administration publique* ». Par la suite, c'est le Président de la République qui hérite de la compétence, qu'il s'agisse de celui de la IIème République³ ou de la IIIème République⁴, entrecoupées par un Second Empire, fidèle à la compétence exécutive⁵. La Constitution du 27 octobre 1946 inaugure un système de répartition constitutionnelle en matière de nominations entre le chef du gouvernement et le chef de l'Etat. Ainsi, la combinaison des articles 30 et 47 fait apparaître que c'est le chef du gouvernement, alors Président du Conseil, qui dispose de la compétence de droit commun, le Président de la République n'étant compétent que pour les nominations expressément prévues

¹ Art.146 : « *Le directoire nomme les généraux en chef [...]* ».

Art.148 : « *Il nomme hors de son sein les ministres [...]* ».

Art.153 : « *Le directoire nomme le receveur des impositions directes de chaque département* ».

Art.154 : « *Il nomme les préposés en chef aux régies des contributions indirectes et à l'administration des domaines nationaux* ».

Art.155 : « *Tous les fonctionnaires publics dans les colonies françaises, exceptés les départements des îles de France et de la Réunion, seront nommés par le directoire jusqu'à la paix* ».

² Art.41 : « *[...]il nomme et révoque à volonté les membres du conseil d'état, les ministres, les ambassadeurs et autres agents extérieurs en chef, les officiers de l'armée de terre et de mer, les membres des administrations locales et les commissaires du gouvernement près les tribunaux. Il nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer* ».

³ Constitution du 4 novembre 1848, art.64 : « *Le Président de la République nomme et révoque les ministres. Il nomme et révoque, en conseil des ministres, les agents diplomatiques, les commandants en chef des armées de terre et de mer, les préfets, le commandant supérieur des gardes nationales de la Seine, les gouverneurs de l'Algérie et des colonies, les procureurs généraux et autres fonctionnaires d'un ordre supérieur. Il nomme et révoque, sur la proposition du ministre compétent, dans les conditions réglementaires déterminées par la loi, les agents secondaires du Gouvernement* ».

Art.85 : « *Les juges de paix et leurs suppléants, les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes, sont nommés par le Président de la République [...]* ».

Art.86 : « *Les magistrats du ministère public sont nommés par le Président de la République* ».

⁴ Loi constitutionnelle du 25 février 1875, art.3 : « *[...]Il nomme à tous les emplois civils et militaires* ».

Art.4 : « *Au fur et à mesure des vacances qui se produiront à partir de la promulgation de la présente loi, le Président de la République nomme, en Conseil des ministres, les conseillers d'Etat en service ordinaire* ».

⁵ Constitution du 14 janvier 1852, art.6 : le chef de l'Etat « *nommé à tous les emplois* ».

Art.48 : « *Les conseillers d'Etat sont nommés par le Président de la République [...]* ».

à l'article 30¹. Pour autant, ce système de liste limitative laisse à la compétence du chef de l'Etat les nominations les plus sensibles, telles que les préfets, ambassadeurs ou recteurs.

L'évocation de ces différentes normes constitutionnelles doit faire ressortir qu'aucune ne prévoit l'existence d'un contrôle du pouvoir de nomination de l'autorité administrative suprême au profit du pouvoir législatif. Cette constante de l'Histoire trouve son origine dans une conception de la séparation des pouvoirs, selon laquelle, le pouvoir de nomination relevant de l'autorité exécutive, en tant qu'outil de conduite d'une politique, le pouvoir législatif ne saurait s'immiscer dans cette prérogative.

La Constitution de la Vème République fait œuvre de continuité s'agissant du pouvoir de nomination du Président de la République. Ce texte étant traditionnellement présenté comme consacrant un Président de la République fort, il semble logique que son pouvoir de nomination soit important. En tant que tel, il apparaît comme un attribut essentiel de l'autorité du chef de l'Etat. Pour autant, le dualisme de la IVème République, repris dans le texte de 1958, n'est pas sans poser de difficultés, créant un flou sans conteste préjudiciable à la transparence de la matière.

Le pouvoir de nomination du Président de la République repose sur l'article 13 de la Constitution. Les quatre premiers alinéas du texte disposent ainsi :

« Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres.

Il nomme aux emplois civils et militaires de l'État.

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

Une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom ».

D'autres sources constitutionnelles du pouvoir présidentiel de nomination existent : l'article 8 s'agissant de la nomination du Premier Ministre et du gouvernement, l'article 56 concernant la nomination de trois membres du Conseil constitutionnel, ou encore l'article 65

¹ Art.30 : *« Le Président de la République nomme en conseil des ministres les conseillers d'Etats, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires, les membres du Conseil supérieur et du Comité de la défense nationale, les recteurs des universités, les préfets, les directeurs d'administrations centrales, les officiers généraux, les représentants du gouvernement dans les territoires d'outre-mer ».*

Art.47 : le Président du Conseil *« nomme à tous les emplois civils et militaires, sauf ceux prévus par les articles 30, 46 et 84 ».*

concernant la nomination de deux personnalités qualifiées au Conseil supérieur de la Magistrature¹.

L'article 13 contient une liste limitative d'emplois de grande importance, pourvus par le Président de la République en conseil des ministres, comme les ambassadeurs, les préfets, les conseillers d'Etat, les recteurs d'académie ou encore les directeurs des administrations centrales. Par ailleurs, le texte renvoie à une loi organique le soin de compléter cette liste. La liste a donc été complétée par l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 modifiée en 1992², portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat³. Les deux premiers articles de ce texte fixent de nouvelles nominations relevant de la compétence du Président de la République. L'article 2 contient une liste d'emplois pourvus par décret simple du Président de la République : il s'agit des « *membres du Conseil d'Etat et de la Cour des Comptes* », des « *magistrats de l'ordre judiciaire* », des « *professeurs de l'enseignement supérieur* », des « *officiers des armées de terre, mer et de l'air* », ainsi que les « *membres des corps dont le recrutement est normalement assuré par l'école nationale d'administration, les membres du corps préfectoral, les ingénieurs des corps techniques dont le recrutement est en partie assuré conformément au tableau de classement de sortie de l'école polytechnique* ». L'article 1^{er} est quant à lui plus complexe, dans la mesure où il contient trois chefs de compétence du Président de la République : les « *emplois de procureur général près la Cour de cassation, de procureur général près la Cour des comptes, de procureur général près une cour d'appel* » ; les « *emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales quand leur importance justifie inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres* » ; et les « *emplois pour lesquels cette procédure est actuellement prévue par une disposition législative ou réglementaire particulière* ». Les deux derniers chefs de compétence compliquent indéniablement le système, en renvoyant à d'autres textes la détermination de nominations relevant de la compétence du Président de la République. Au titre du décret pris en conseil des ministres, la liste est contenue dans le décret n°59-587 du 29 avril 1959, relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales⁴. Ce décret a été modifié à de nombreuses reprises, dans le

¹ Ce nombre est passé à deux lors de l'entrée en vigueur de la Loi organique relative au Conseil supérieur de la Magistrature, qui fait suite à la révision constitutionnelle de 2008.

² Loi organique n°92-189 du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 29 février 1992, p.3086

³ JORF du 29 novembre 1958, p.10687

⁴ JORF du 2 mai 1959, p.4723

sens d'une extension, la plus importante étant intervenue à la veille de la première cohabitation, par un décret n°85-834 du 6 août 1985¹, qui porte le nombre d'emplois visés à 163. Ce nombre a été réduit depuis, pour s'établir aujourd'hui à 92 nominations. A cette liste, il convient d'ajouter les nominations prévues par des textes particuliers : à ce titre, on peut citer par exemple les administrateurs des postes², ou encore les astronomes et physiciens³. Aucun inventaire récent n'a été fait à ce sujet, la tâche apparaissant immense. Le professeur Yolka, se référant à un ouvrage aujourd'hui daté, avance le chiffre de 70 000 nominations intervenant par décret simple, et un millier par décret pris en conseil des ministres⁴. Ce nombre doit sans doute être augmenté, compte tenu de l'intervention ponctuelle et répétée de textes élargissant la compétence du chef de l'Etat.

Le Président de la République est donc une autorité de nomination centrale, dans la mesure où il nomme aux postes les plus importants du secteur public. Un constat de flou doit être fait quant à ce pouvoir de nomination, constat lié à deux éléments principaux. Tout d'abord, le pouvoir de nomination dans le secteur public est partagé entre le Président de la République et le Premier Ministre. L'article 21 de la Constitution dispose en effet à son alinéa 1^{er} que « *sous réserve des dispositions de l'article 13, il [le Premier Ministre] exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires* ». Les articles 13 et 21 de la Constitution contiennent ainsi la même disposition, applicable à deux autorités différentes : « *il nomme aux emplois civils et militaires* ». Le texte introduit ainsi, en apparence, le même pouvoir à ces deux autorités, même si l'insertion dans l'article 21 de la mention « *sous réserve des dispositions de l'article 13* » ne saurait tromper sur la préséance reconnue au chef de l'Etat. L'énumération contenue à l'article 13 « *n'épuise pas le pouvoir présidentiel de nomination* »⁵, Président qui semble exercer la compétence de droit commun en la matière.

Le second élément de flou a été introduit par la jurisprudence et la pratique, qui ont accentué la suprématie du chef de l'Etat en matière de nominations. Deux principes jurisprudentiels, dégagés en matière de pouvoir réglementaire, ont été étendus au pouvoir de nomination. Tout d'abord, le principe selon lequel, la signature d'un acte relevant du Premier

¹ JORF du 7 août 1985, p.9007

² Décret n°91-100 du 24 janvier 1991 modifiant le décret n° 68-268 du 21 mars 1968 *relatif au statut particulier des administrateurs des postes et télécommunications*, JORF du 26 janvier 1991, p.1373

³ Décret n°86-434 du 12 mars 1986 *portant statuts du corps des astronomes et physiciens et du corps des astronomes adjoints et physiciens adjoints*, JORF du 15 mars 1986, p.4129

⁴ YOLKA (Ph), « Le pouvoir de nomination du chef de l'Etat sous la Vème République », *RDJ* 1999, p.719 et s. L'auteur se réfère à un ouvrage de J.Massot, *La présidence de la République en France*, La Documentation française, 1977.

⁵ *Ibid.*, p.724

Ministre par le Président de la République n'est pas de nature à entacher l'acte d'illégalité¹, a été appliqué à la matière des nominations par un arrêt du Conseil d'Etat, du 10 février 1965, *Pontillon*². Surtout, c'est l'hypothèse de l'extension de la jurisprudence *Meyer*³ qui semble la plus favorable au chef de l'Etat. En vertu de cette jurisprudence, lorsqu'aucune disposition n'imposait qu'un texte soit délibéré en conseil des ministres mais qu'il l'a tout de même été, et à ce titre signé par le chef de l'Etat, le texte ne peut être modifié que par un même acte signé par le chef de l'Etat. Cet état du droit, associé au fait que c'est le Président de la République qui arrête l'ordre du jour du conseil des ministres, lui confère un pouvoir important, qui lui permet d'étendre sa compétence. Ainsi, rien n'empêche que le Président de la République décide de mettre à l'ordre du jour un décret de nomination qui ne relève pas de sa compétence. Ce pouvoir, qui confine à un pouvoir d'évocation, introduit ainsi dans la pratique des nominations qui sont faites par le chef de l'Etat, alors qu'aucun texte ne le prévoyait. Ce flou, créé par la jurisprudence et la pratique, est d'autant plus délicat en période de cohabitation, le Premier Ministre étant traditionnellement plus exigeant sur ses compétences.

Le pouvoir de nomination du Président de la Vème République semble essentiel tant par son ampleur que son importance stratégique. Un contrôle apparaît dès lors nécessaire.

Le respect de l'Etat de droit impose que les actes pris par les autorités étatiques soient soumis à des règles préalablement établies. A ce titre, le droit administratif peut apparaître comme un élément d'encadrement du pouvoir de nomination du Président de la République. Ce pouvoir s'exerçant par décrets, ceux-ci sont soumis au contrôle du juge administratif. Traditionnellement, ce contrôle varie selon que l'autorité dispose ou non d'un pouvoir discrétionnaire. En matière de nominations présidentielles, le droit de la fonction publique est venu encadrer la liberté de l'autorité de nomination, par la multiplication des statuts et des règles d'accès à la fonction publique. Ainsi, pour la grande majorité des nominations, il existe des conditions d'aptitude, de diplômes, qui viennent circonscrire la liberté du chef de l'Etat. Par ailleurs, l'intervention de jurys de concours apparaît également comme une limite

¹ CE 27 avril 1962, *Sicard et autres* (Rec. p.279).

² Rec. p.92.

³ CE 10 septembre 1992, *Meyer* (Rec. p.327).

importante¹. Les nominations dites « au tour extérieur » ont également connu un mouvement d'encadrement, lié à des excès de cette pratique, encadrement passant essentiellement par la consultation d'une commission administrative, voire du chef de corps concerné.

Cet encadrement permet au juge administratif d'exercer sur les nominations un contrôle dit « normal », c'est-à-dire ne se limitant pas à l'erreur manifeste d'appréciation². En revanche, dans les hypothèses où le Président de la République dispose d'une marge de manœuvre importante, le contrôle effectué par le juge administratif se limite à un contrôle dit « minimum »³. Tel est, par exemple, le cas pour les emplois dits « à la discrétion du gouvernement ».

Ce contrôle juridictionnel est par définition limité à la censure des erreurs de droit, c'est-à-dire aux éventuelles violations de la légalité. Or, s'agissant des nominations effectuées par le Président de la République, le principal reproche qui leur est fait est leur trop grande coloration politique. Sur ce point, le juge administratif n'est pas compétent, car on touche ici aux limites du contrôle de l'opportunité. Dès lors, le juge administratif ne se placera jamais sur ce terrain pour censurer une nomination.

Cet état du droit pose indéniablement une question quant à la transparence des nominations effectuées par le pouvoir exécutif français. Car des liens très forts entre politique et nomination des dirigeants du secteur public existent en France et se manifestent par les méthodes de nomination que sont les nominations à la discrétion du gouvernement ou encore les nominations au tour extérieur. Ce caractère politique est acté au sommet de l'Etat : la politique d'« ouverture » menée par le Président Sarkozy apparaît comme un constat, à défaut d'être une réponse, au caractère partisan du pouvoir de nomination.

Le principe de séparation des pouvoirs, la prédominance du chef de l'Etat sous la Vème République ont pendant longtemps justifié l'exclusion du processus de nomination du seul organe qui semble à même d'apparaître comme un contrepoids à la volonté présidentielle : le Parlement. Les relations entre le Président de la République et le Parlement

¹ Dans sa décision n°98-396 DC du 19 février 1998, *loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire*, le Conseil constitutionnel affirmait que « ...eu égard notamment au fait que la compétence de l'autorité de nomination est liée quant au principe même de la nomination à l'issue de la formation suivie à l'Ecole nationale de la magistrature, le pouvoir réglementaire devra, sous le contrôle du juge administratif, veiller à ce que soient strictement appréciées, outre la compétence juridique des intéressés, leur aptitude à juger, ce afin de garantir, au second et dernier degré de juridiction, la qualité des décisions rendues, l'égalité devant la justice et le bon fonctionnement du service public de la justice ».

² CE 29 juin 1983, *Pacaud et autres*, Rec. p.278.

³ Voir pour des exemples CE 17 janvier 1973, *Cazelles* (Rec. p.43) ; Ass., 22 décembre 1989, *Morin* (Rec. p.279) ; Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda* (Rec. p.465).

ont pendant longtemps été perçues comme à sens unique : le Président dispose du droit de dissolution de l'Assemblée nationale, mais le Parlement n'a aucun pouvoir de contrôle sur les actes du Président. L'abaissement du Parlement de 1958, sa « rationalisation », créent ainsi une étanchéité parfaite entre le pouvoir de nomination présidentiel et le Parlement.

Cette étanchéité va pourtant se fissurer à la faveur du principe de transparence, et de la volonté contemporaine de redonner au Parlement un rôle central dans le fonctionnement de la Vème République. Telle a été l'une des ambitions de la réforme constitutionnelle de 2008, préparée par le « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République », dit « Comité Balladur » du nom de son Président, mis en place par un décret du 18 juillet 2007¹. Dans la lettre de mission du comité, le Président de la République exprimait son souhait de voir la Constitution de 1958 adaptée à son temps. Trois axes de réformes sont posés : le pouvoir exécutif, et notamment les relations entre Président de la République et Premier Ministre ; le pouvoir législatif, et notamment ses relations avec le pouvoir exécutif ; la Justice et les droits des citoyens, qui doivent être adaptés aux évolutions de la société. Le rapport du comité, intitulé « Une Vème République plus démocratique »² a donc fait un certain nombre de propositions, qu'il n'est pas utile ici de reprendre, mais dont les trois axes sont intéressants pour en dégager la philosophie : une première série de proposition répond à la problématique « un pouvoir exécutif mieux encadré » ; le deuxième volet concerne « un Parlement renforcé » ; le dernier volet étant consacré à « Des droits nouveaux pour les citoyens ». C'est dans le cadre du premier volet, visant à encadrer les pouvoirs du Président de la République que l'idée d'une intervention du Parlement en matière de nominations va émerger.

La réforme constitutionnelle de l'été 2008 a consacré un certain nombre de propositions faites par le comité, se rattachant aux trois axes prédéfinis. Sans être exhaustif, on peut citer la limitation du mandat présidentiel à deux mandats successifs, le droit de parole du Président de la République devant le Parlement, la réforme de la procédure prévue à l'article 49, alinéa 3 de la Constitution, la réforme de la préparation et de l'exécution des lois, la réforme du Conseil supérieur de la Magistrature, l'introduction d'une initiative partagée, d'une procédure de question prioritaire de constitutionnalité. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 contient ainsi 47 articles, réformant ou créant près de 40 articles de la

¹ Décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant sur la création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, JORF du 19 juillet 2007, p.12158

² COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VÈME RÉPUBLIQUE, « Une Vème République plus démocratique », Fayard, La Documentation française, 2007

Constitution, ce qui en fait sans conteste une des réformes constitutionnelles les plus importantes de la Vème République.

L'introduction d'un pouvoir de contrôle du Parlement sur les nominations présidentielles participe indéniablement de l'importance de la réforme, en ce sens qu'elle est une innovation majeure. L'article 5 de la loi constitutionnelle de 2008 introduit ainsi un nouvel alinéa à l'article 13 de la Constitution, rédigé comme suit : « *Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés* ». Cet alinéa contient beaucoup d'éléments, mais a dû être complété par des textes d'application : la loi organique n°2010-837 du 23 juillet *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*¹ et la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*², adoptées par l'Assemblée nationale en dernière lecture le 15 juin 2010, au terme d'un long processus parlementaire, qui a révélé les enjeux de la réforme, à la fois vis-à-vis du pouvoir présidentiel, mais également vis-à-vis du Parlement.

Ainsi quelles sont les modalités du contrôle du pouvoir présidentiel de nomination par le Parlement, et quelle en est la portée ? Car si la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un contrôle parlementaire très attendu et justifié (**TITRE I**), il n'en reste pas moins que l'avancée considérable que représente cette réforme semble nuancée dans sa portée, et apparaît très largement soumise à la pratique quant à sa réussite (**TITRE II**).

¹ JORF du 24 juillet 2010, p.13642

² JORF du 24 juillet 2010, p.13644

TITRE 1 - UNE RÉFORME ATTENDUE ET JUSTIFIÉE

La réforme introduite dans la Constitution en 2008 était nécessaire à deux égards. Tout d'abord, comme beaucoup de réformes, le constituant français semble s'être tourné vers l'étranger, afin de tirer les leçons de mécanismes existant dans d'autres Etats, et répondant aux mêmes objectifs que ceux visés par le constituant national. Dès lors, il convient de s'intéresser à ces exemples étrangers, qui constituent l'inspiration de la réforme, en ce sens qu'ils incitaient à une redéfinition des pouvoirs du Parlement en matière de contrôle des nominations (**CHAPITRE 1**).

Par ailleurs, la réforme de 2008 semble être la résultante de mouvements, de tendances, touchant le droit français, visant d'une part à encadrer les pouvoirs du Président de la République, et d'autre part à sortir de la rationalisation du parlementarisme de 1958 en reconnaissant de nouvelles prérogatives au Parlement. Ces tendances irriguent le droit français et sont directement à l'origine de la réforme de 2008. Ainsi, la réforme traduit-elle la fin d'un processus, qui en faisait une réforme très attendue (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1 - UNE RÉFORME INSPIRÉE: L'INFLUENCE DES MODÈLES ÉTRANGERS

Il est des mouvements qui irriguent de leurs effets un grand nombre d'Etats. Indéniablement, le concept de « nouvelle gouvernance », issu du monde de l'entreprise, est ainsi aujourd'hui semble-t-il le nouveau vecteur d'un certain nombre de réformes, engagées par de nombreux Etats. Un des axes principaux de ce concept est le renforcement de l'information et de la transparence de l'action publique. C'est à cet objectif que viennent répondre les réformes qui visent à encadrer le pouvoir de nominations des acteurs de cette action publique que sont les agents.

Un regard général sur plusieurs Etats permet de mettre en lumière l'existence de plusieurs types de contrôle qui s'exercent sur la nomination des agents: commissions déontologiques, comités de sélection¹, commissions de la fonction publique², avis des pairs³... Il s'agit ici de s'intéresser prioritairement au contrôle exercé par le pouvoir législatif sur les nominations qui relèvent de la compétence du chef de l'Etat, et dont la procédure est prévue par la Constitution. Les régimes étudiés ici relèvent des exemples « classiques » du droit constitutionnel comparé, et ne tendent donc pas à l'exhaustivité. Comparaison n'étant certes pas raison, il semble tout de même qu'ils soient les mieux à même d'influencer les institutions françaises.

Si l'on envisage le contrôle du pouvoir de nomination du pouvoir exécutif comme étant une compétence du pouvoir législatif, il semble pertinent de procéder à une classification des régimes qui repose sur le critère de la séparation des pouvoirs. Il est ainsi aisé de distinguer entre régime présidentiel et régime parlementaire, et de tenter une systématisation qui réponde à ces canons. Le régime présidentiel est traditionnellement présenté comme un régime mettant en œuvre une séparation « rigide » des pouvoirs, définie ainsi par le Professeur Ardant : « *l'exécutif est indépendant des Assemblées, définit sa politique librement et ne peut être démis par elles, les Assemblées étant elles-mêmes indépendantes de l'exécutif* »⁴. A première vue en opposition, le Professeur Ardant définit le

¹ C'est notamment le cas en Belgique : mise en place d'un Bureau de sélection fédéral.

² Placées sous l'autorité exécutive, il s'agit d'autorités indépendantes. Ex : Royaume-Uni, Australie, Canada, Malaisie, USA...

³ C'est notamment le cas en Inde pour la nomination des juges à la Cour suprême, en vertu de l'article 124 de la Constitution.

⁴ ARDANT (P), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2005, p.223

régime parlementaire comme un régime où « *le Gouvernement est responsable devant le Parlement, c'est-à-dire doit avoir la confiance du Parlement, mais n'est pas entièrement soumis à lui et dispose de moyens de pression à son égard* »¹.

Néanmoins, un bref regard sur les exemples étrangers semble nuancer cette distinction classique. Car si le régime présidentiel n'apparaît pas comme un modèle absolu (**SECTION 1**), il semble également que les régimes parlementaires n'aient exporté que de manière imparfaite cette procédure de contrôle (**SECTION 2**).

SECTION 1- Le régime présidentiel, un modèle de contrôle non absolu

La rigidité de la séparation des pouvoirs, évoquée par le Professeur Ardant, semble exclure a priori un quelconque pouvoir de contrôle reconnu au pouvoir législatif sur le pouvoir de nomination du chef de l'Etat.

Cela étant, et le Professeur Ardant le souligne immédiatement dans son ouvrage, « *une collaboration s'institue nécessairement entre les pouvoirs. L'isolement des pouvoirs n'est pas viable* »². Ainsi il est possible d'affirmer que l'idée d'un contrôle des nominations de l'exécutif par le pouvoir législatif est un modèle issu du régime en vigueur aux Etats-Unis (§1), même s'il apparaît que ce modèle n'a pas su s'exporter fidèlement dans les autres régimes présidentiels (§2).

§1- Les Etats-Unis : le modèle du contrôle parlementaire

La Constitution adoptée par les « Pères fondateurs » en 1787 met en place un régime de séparation stricte des pouvoirs, au sens rappelé ci-dessus, qui donne une place centrale au Président, tout en contrebalançant son pouvoir par les prérogatives du pouvoir législatif, exercées par un Sénat puissant.

Aussi, si le Président dispose d'un pouvoir de nominations extrêmement étendu (A), le Sénat s'est vu reconnaître un pouvoir de contrôle qui l'associe pleinement à la bonne marche de l'Administration (B).

¹ Ibid.

² Ibid., p.224

A) Les nominations, une compétence présidentielle très étendue

En tant que détenteur du pouvoir exécutif le Président se voit reconnaître directement par la Constitution un très large pouvoir de nomination. Cette compétence propre du Président, qui bénéficie d'une légitimité politique très forte aux Etats-Unis, a conduit à une politisation très marquée de ces nominations.

1- Une habilitation constitutionnelle très large

L'article II section 2, alinéa 2 de la Constitution des Etats-Unis confère au Président un large pouvoir de nomination. En effet, cette disposition du texte constitutionnel prévoit que le Président nomme « *les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls, les juges à la Cour Suprême et tous les autres fonctionnaires des Etats-Unis dont la nomination n'est pas prévue par la présente Constitution, et dont les postes seront créés par la loi* ». L'habilitation constitutionnelle est ainsi très large et elle permet de qualifier le Président de « *chef de l'administration fédérale* »¹.

Le chef de l'Etat dispose selon cet article d'une compétence de droit commun pour nommer l'ensemble des agents fédéraux, ce qui lui est très favorable. En effet, l'ensemble des nominations et promotions qui sont de la compétence du Président représente près de 10 000 personnes². Les postes concernés sont de plus ou moins grande importance, mais cela concerne notamment les membres du cabinet, les ambassadeurs, les directeurs des agences fédérales ou encore les juges à la Cour Suprême. Ce sont ces postes dont la nomination est la plus médiatisée, mais le Président, du fait de sa compétence de droit commun, est conduit à nommer à des postes moins élevés dans la hiérarchie, comme par exemple les agents des postes fédérales. Cette compétence englobe donc l'ensemble de l'administration fédérale, et le cabinet du Président y accorde une grande importance, en ce sens qu'elle est un moyen d'exécution des politiques présidentielles, plus précisément de leur bonne exécution.

¹ LAUVAUX (P), *Les grandes Démocraties contemporaines*, PUF, coll.Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2004, p.321

² Ce chiffre est le plus couramment admis, même s'il ne fait pas l'unanimité : le Professeur Toinet évoque près de 60 000 nominations qui seraient de la compétence du Président américain, dans son ouvrage, *La Présidence américaine*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1996, p.65

2-La conséquence : une politisation accrue des nominations

Ce pouvoir considérable du Président lui permet de nommer à des postes clés des personnes qui lui sont politiquement très favorables. Cette politisation, si elle semble moindre dans les premières années du régime, s'est développée assez rapidement. Cela a conduit à la pratique dite du « *spoils système* »¹, selon laquelle le nouveau Président peut nommer les administrateurs de son choix dès lors qu'il bénéficie d'une légitimité démocratique et politique. Ce système conduit ainsi à des mouvements massifs de personnels suite aux élections.

La toute puissance du Président sur les nominations a conduit à une réaction du Congrès, qui fait suite à des affaires de corruption et à l'assassinat du Président James Garfield en 1881 par un candidat malheureux à un poste fédéral. Aussi le pouvoir législatif a-t-il voté en 1883 le *Civil Service Act* qui met en place un système de recrutement des agents fédéraux fondé sur un examen de leur capacité et mérite. Ils continuent formellement à être nommés par le Président mais celui-ci perd son pouvoir discrétionnaire quant au choix. Le nombre d'agents recrutés par ce système s'est peu à peu accru, le Président ne gardant un pouvoir discrétionnaire de nomination que pour les postes les plus importants.

La volonté d'éviter une politisation des nominations passe donc selon le Congrès par une réduction du pouvoir discrétionnaire de nomination du Président. Mais si ce pouvoir a été réduit il demeure important, et la Constitution elle-même vient l'encadrer.

B) Le Sénat américain, censeur de la volonté présidentielle

En balance au pouvoir de nomination très étendu du Président, la Constitution américaine confère au Sénat un pouvoir d'encadrement de ces nominations qui est à la mesure de la compétence présidentielle. Cette volonté d'équilibre des pouvoirs se traduit par une nécessaire pratique du compromis qui semble renouer, dans ses effets et conséquences, avec la politisation du pouvoir de nomination.

¹ Traduction de l'expression « *To the victor go the spoils* », littéralement « Les dépouilles vont au vainqueur ».

1- Une compétence du Sénat très étendue

La Constitution américaine est très explicite sur ce point : le Sénat dispose d'un champ de contrôle très large, dont la portée en assure l'effectivité.

a) Un champ de contrôle très large

L'article II, section 2 de la Constitution dispose que le président exerce son pouvoir de nomination « *sur l'avis et avec le consentement* » du Sénat. On retrouve ici l'idée de poids et contrepoids qui organise la séparation des pouvoirs alors même que l'on se trouve dans un système dit de séparation « *rigide* ». Ici, le pouvoir exécutif ne peut exercer sa compétence qu'avec le consentement et la collaboration du pouvoir législatif, plus précisément du Sénat. L'attribution de la compétence au seul Sénat s'explique par la forme fédérale des Etats-Unis et le principe de participation au gouvernement fédéral qui bénéficie à la Chambre Haute. Le Président nommant les membres des administrations fédérales, il apparaît logique que ce soit les représentants des Etats fédérés qui contrôlent leur nomination. Force est de constater que les pouvoirs du Sénat américain sont très importants.

Le champ des nominations contrôlées par le Sénat est considérable: il inclut en particulier les secrétaires des départements, ambassadeurs et juges fédéraux. Il convient ici de constater que par principe, les nominations non prévues expressément par la Constitution sont soumises au contrôle du Sénat, puisque ce n'est que par une décision expresse du Congrès que des nominations prévues par un autre texte peuvent échapper à cette procédure. Ainsi, il est possible d'affirmer que la procédure de contrôle constitue aux Etats-Unis la procédure de droit commun. On voit ici très clairement l'équilibre recherché par le constituant entre la compétence de droit commun en matière de nominations du Président, et la compétence de droit commun du Sénat en matière de contrôle : « *le pouvoir arrête le pouvoir* ».

La procédure de contrôle, compte tenu des différents textes en vigueur, concerne aujourd'hui entre 1500 et 2000 agents, selon les estimations, sur près de 10 000 nominations, soit 1 agent sur 5. Ce chiffre est considérable, et pèse lourdement sur le travail du Sénat.

b) La procédure d'encadrement : une véritable compétence partagée

Sur la forme, l'audition des candidats a lieu devant les commissions permanentes du Sénat. Cela est essentiel dans la mesure où, cela permet d'avoir une adéquation entre le domaine concerné et la compétence des parlementaires. L'audition n'en est donc que plus efficace.

Le texte constitutionnel utilise les termes « *sur l'avis et avec le consentement* » du Sénat. Le constituant a donc distingué les deux termes, ce qui permet de donner des indices sur la procédure applicable. La notion d'avis renvoie classiquement à l'idée que le Sénat exprime une opinion, un souhait, à l'adresse du Président. Cela indique par conséquent qu'une nomination ne peut se faire que sur l'initiative du Président, et non du Sénat, puisque celui-ci ne peut donner un avis que sur une proposition qui lui est soumise : on ne donne un avis que sur quelque chose qui préexiste. A ce titre, la Cour Suprême des Etats-Unis, dans son arrêt du 24 février 1803, *Marbury c. Madison*, a rappelé que le pouvoir de nomination du Président « *réside seulement entre ses mains* »¹. C'est en ce sens que les pouvoirs du Sénat peuvent être qualifiés de pouvoir de contrôle : il n'intervient que dès lors qu'existe un acte initial, exprimant la volonté du Président de nommer tel candidat.

La notion de « *consentement* » est très forte dans la mesure où elle impose que le Sénat se prononce de manière positive sur la proposition qui lui est faite par le Président. Il s'agit ici d'un acte d'approbation, à la majorité, qui exige donc que le candidat vienne convaincre le Sénat de ses capacités. Le Sénat auditionne ainsi l'intéressé, et l'utilisation du terme « *consentement* » fait qu'une majorité des voix peut s'opposer ou approuver le candidat. Dès lors, le sénat a un véritable pouvoir qui n'est pas enfermé dans des conditions de majorité impossibles à réunir. Cela va dans le sens d'un renforcement de ses pouvoirs. En revanche, et cela est directement lié à l'importance des prérogatives de la Chambre Haute, la pratique a conduit à la nécessité pour le Président mais aussi pour le Sénat de mettre en place une véritable politique de compromis.

2-La nécessaire pratique du compromis

Si « *le pouvoir arrête le pouvoir* », force est de constater que chaque pouvoir est exercé par des organes politiques, qui exprime des positions partisans. Aussi, l'équilibre qui existe entre ces organes a conduit à un renforcement de la politisation des nominations, dont la nomination des magistrats est l'exemple le plus édifiant.

a)Un compromis facteur de politisation

En principe, la pratique s'est établie selon laquelle le Sénat accepte les propositions faites par le Président. A ce titre, le Professeur Lauvaux évoque une véritable « *tradition* »²,

¹ ZOLLER (E), *Les Grands Arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010, p.1

² LAUVAUX (P), *Les grandes Démocraties contemporaines*, PUF, coll.Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2004, p.318

selon laquelle le Sénat respecterait la prérogative présidentielle. Cela étant, quelques exemples de refus parcourent l'Histoire, le Sénat bénéficiant d'un véritable pouvoir de blocage de l'action présidentielle, notamment lorsque les refus touchent à la nomination de membres du cabinet. Ce pouvoir du Sénat a conduit le Président à faire des gestes en faveur de l'opposition, notamment par la nomination à des postes importants de membres du parti d'opposition. Pour un exemple relativement récent, il est possible de citer le cas de la nomination du républicain William Cohen au Secrétariat d'Etat à la Défense par le Président Clinton. Par ailleurs, les nominations donnent lieu à un important processus de négociations, qui conduit parfois certains candidats à se retirer avant même le vote du Sénat dès lors que les négociations ont montré l'hostilité de la Haute Assemblée. Ces négociations peuvent durer des mois, lorsque le Président s'obstine, ce qui conduit à retarder d'autant ses actions. C'est donc bien un climat très politique qui entoure ces nominations, et qui s'explique essentiellement par cette nécessaire pratique du compromis : Sénat et Président sont chacun soucieux de leurs prérogatives mais respectent également les prérogatives de chacun. L'argument politique est toujours présent et la procédure tourne souvent à l'« arrangement ».

b) L'exemple de la nomination des magistrats, paroxysme de la politisation

C'est une compétence majeure du Président : il nomme les juges fédéraux et les membres de la Cour Suprême. Eu égard à l'importance de ces fonctions, le Sénat se montre très vigilant sur les personnes choisies par le Président. La politisation de ces nominations est évidente, et se caractérise par la mise en place de la pratique dite de la « courtoisie sénatoriale » (*senatorial courtesy*). Selon cette pratique, les sénateurs de l'Etat concerné ont un droit de veto informel sur les nominations des juges fédéraux de l'Etat qu'ils représentent, c'est-à-dire que la simple opposition de ces deux membres du Sénat suffit pour que la chambre s'oppose à la nomination. Déformation de cette pratique, il est arrivé au XIXème siècle que les sénateurs eux-mêmes proposent des noms de candidats. C'est ainsi l'initiative présidentielle qui est remise en cause, et le Sénat d'un censeur devient un co-décideur. Depuis, les Présidents ont récupéré le monopole de l'initiative.

La nomination des magistrats passe aujourd'hui par un long travail de négociations avec le Sénat. La publicité des audiences existe depuis 1949, et est une source nouvelle de politisation dans la mesure où les positions des sénateurs sont publiques. Aussi, le contrôle du pouvoir de nomination, perçu au départ comme un rempart à la politisation, n'atteint-il pas son but premier. Le Professeur Marie-France Toinet pouvait ainsi affirmer : « *il faut cependant nuancer l'importance de la résistance que peut exercer le Congrès pour limiter*

l'ampleur du contrôle idéologique présidentiel : sur les 378 nominations de juges fédéraux auxquelles M.Reagan a procédé, le Sénat lui en a refusé...une »¹. Il est toutefois possible de relever que le débat, plus que sur les opinions politiques du candidat, semble se porter aujourd'hui sur des questions idéologiques², qui ne se confondent pas toujours avec le système partisan.

Le contrôle exercé par le Sénat américain sur les nominations présidentielles constitue indéniablement un modèle, tant par son champ d'intervention que par ses effets, qui lui donnent un véritable pouvoir de veto. Symbole d'une collaboration nécessaire entre les pouvoirs, d'un régime présidentiel apaisé, il a été imité mais peu souvent égalé.

§2 - Une importation imparfaite par les régimes présidentiels

Il n'existe pas, comme pour certains mécanismes constitutionnels, de « canon » du contrôle des nominations de l'exécutif par le pouvoir législatif, au sein des régimes présidentiels. Ce n'est qu'au cas par cas qu'il est possible de raisonner. L'exportation du mécanisme prévu par la Constitution américaine apparaît imparfaite dans la mesure où, si la constante des régimes présidentiels semble être la reconnaissance d'un pouvoir exercé par l'organe législatif sur le pouvoir de nomination de l'exécutif (A), il ressort que ce pouvoir est limité par la Constitution elle-même, ce qui fait échapper son champ d'application à la volonté du Parlement (B).

A) La constante : un contrôle exercé par le pouvoir législatif

On retrouve toujours ici l'idée d'équilibre et de collaboration nécessaire qui doit se créer entre les pouvoirs. Aussi, la compétence de nomination du Président est-elle prévue par la Constitution, mais celle-ci prévoit également un pouvoir de contrôle de ces nominations par le pouvoir législatif. La question posée est de savoir si l'équilibre est ou non respecté entre ces deux prérogatives.

¹ TOINET (M-F), actualisation par KEMPF (H), *La Présidence américaine*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1996, p.109

² Question de l'avortement, du mariage gay...

1- Le Président, autorité de nomination

Qu'il s'agisse de la Constitution du Brésil, du Mexique, ou encore du Venezuela, le régime présidentiel consacre un Président « chef de l'administration », et à ce titre investi d'un large pouvoir de nominations. Ce pouvoir concerne pareillement qu'aux Etats-Unis les membres du cabinet, les ambassadeurs, les juges, les procureurs généraux et une grande partie des hauts-fonctionnaires¹. Dans ces régimes également, le Président a seul l'initiative des nominations : le pouvoir législatif n'a qu'un rôle de contrôle.

2- La reconnaissance systématique d'un pouvoir de contrôle au profit du pouvoir législatif

C'est réellement ici une constante des régimes présidentiels étudiés : la Constitution prévoit nécessairement que le pouvoir de nomination du Président est encadré par une intervention du pouvoir législatif.

L'organe compétent en matière de nominations varie selon l'organisation du pouvoir législatif. Lorsque le système est bicaméral il convient de remarquer tout d'abord, que la compétence de contrôle des nominations appartient à la chambre haute. C'est le cas au Mexique ou au Brésil. Cela peut sans doute s'expliquer, comme aux Etats-Unis, par une vision initiale de la chambre haute, qui correspondrait à une chambre de conseil du gouvernement central. C'est cela qui expliquerait l'existence de ses prérogatives vis-à-vis de l'exécutif². Dans les régimes monocaméraux, la question ne se pose pas : c'est ainsi l'Assemblée nationale vénézuélienne, par exemple, qui est compétente pour contrôler les nominations faites par le Président.

B) Un champ de contrôle limité constitutionnellement

Dans le cadre de constitutions rigides, il convient de s'intéresser à ce qui est établi par la Constitution, et ce qui est laissé à l'appréciation du pouvoir législatif. C'est en effet la souplesse et la maîtrise par ce pouvoir de la procédure qui sont en jeu. Il apparaît à cet égard que les régimes présidentiels, ici analysés, prévoient en matière de contrôle des nominations,

¹ Voir pour un exemple, l'article 236 de la Constitution de 1999 au Venezuela.

² LAUVAUX (P), *Les grandes Démocraties contemporaines*, PUF, coll.Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2004, p.296-297

qu'il s'agit d'une compétence limitée constitutionnellement, ce qui vient très fortement remettre en cause la maîtrise de cette procédure par le pouvoir législatif.

1- Une compétence constitutionnelle limitative

Il apparaît, à l'exception du Brésil, que les Constitutions des Etats précités limitent le pouvoir de contrôle reconnu au Parlement. En effet, l'article 187 de la Constitution du Venezuela dispose que l'Assemblée nationale autorise la nomination du Procureur général de la République, ainsi que des chefs de missions diplomatiques permanentes. Ce sont les seules nominations soumises par la Constitution à un contrôle du pouvoir législatif, alors que le champ des nominations effectuées par le Président est beaucoup plus large. Le pouvoir de l'assemblée est dans ce cas particulièrement limité. Le Mexique peut faire l'objet de la même remarque, même si les nominations soumises à contrôle sont plus nombreuses : il s'agit des nominations du Procureur général de la République, des ministres, agents diplomatiques, consuls généraux, hauts fonctionnaires du ministère des Finances, colonels et officiers supérieurs de l'armée de terre, de la marine et des forces aériennes. On ne retrouve pas ici la définition du champ d'application du contrôle, procédure de droit commun, donnée par la Constitution américaine. Le principe est même inversé : la Constitution prévoit par exception les nominations qui font l'objet d'un tel contrôle. La procédure de contrôle peut ainsi être qualifiée dans ces Etats de procédure d'attribution.

2- Une compétence non maîtrisée par le pouvoir législatif

Cette question de l'habilitation par la Constitution est un élément important qui permet d'analyser la philosophie et les principes qui régissent la procédure de contrôle. La reconnaissance d'un contrôle comme procédure de droit commun (système américain) place le pouvoir législatif dans une position favorable puisqu'il définit lui-même sa propre compétence. En revanche, la procédure d'attribution ne lui permet pas de maîtriser l'étendue de son contrôle, qui dépend d'un autre pouvoir, en l'occurrence le pouvoir constituant. La portée de cet argument dépend assurément des procédures de révision constitutionnelle qui sont en vigueur dans ces Etats, même si ce n'est pas ici l'objet d'étude. Car si l'on est en présence d'une révision souple, la limitation constitutionnelle est moins défavorable au Parlement qu'en présence d'une Constitution rigide.

En revanche, dans tous les cas, la limitation constitutionnelle place le champ d'application de la procédure de contrôle dans les mains d'un organe « externe » à l'organe contrôleur, en l'occurrence le pouvoir constituant. Certes là encore, ce pouvoir est souvent de la compétence du Parlement et donc cet argument a plus ou moins de portée. Mais il n'en reste pas moins, que le pouvoir législatif, au sens strict, ne maîtrise pas le champ d'application de la procédure de contrôle.

La transcription du modèle américain ne peut ainsi qu'être qualifiée d'imparfaite dans les régimes présidentiels qui s'en sont inspirés. La même remarque peut, semble-t-il, être faite pour les régimes parlementaires dont un grand nombre a mis en place une procédure de contrôle des nominations effectuées par le Chef de l'Etat.

SECTION 2 - L'adoption d'une procédure de contrôle par les régimes parlementaires

Tel que défini précédemment, le régime parlementaire, s'il n'a pas la primauté historique de la procédure constitutionnelle de contrôle parlementaire des nominations effectuées par le chef de l'Etat, n'en apparaît pas moins, a priori, comme devant en principe être un contexte de développement de cette procédure. En effet, une telle procédure est le symbole, par définition, d'une collaboration entre les pouvoirs, collaboration qui est la caractéristique du régime parlementaire. Or tel ne semble pas être le cas, dans la mesure où il apparaît que la procédure en vigueur aux Etats-Unis n'ait connu qu'un succès modeste au sein des régimes parlementaires.

Il faut le constater d'ores et déjà : certains Etats qui mettent en œuvre un régime parlementaire, n'ont pas de procédure de contrôle prévue par la Constitution, alors même que les textes constitutionnels prévoient un pouvoir de nomination au profit du Chef de l'Etat. Tel est le cas par exemple de Madagascar, ou encore de l'Equateur.

Pour le reste, l'examen d'un certain nombre de régimes parlementaires permet d'isoler une constante, qui est celle de la limitation du champ de contrôle accordé au pouvoir législatif sur les nominations effectuées par le chef de l'Etat (§1). Il s'agit semble-t-il du seul élément systématique qu'il est possible de faire émerger, car l'examen des procédures constitutionnelles prévues dénote une absence d'unité procédurale (§2).

§1 - Un champ de contrôle plus limité : l'impossible équilibre

La « balance » du système américain, entre les pouvoirs reconnus au Président et ceux du Sénat, parvenait à un équilibre subtil et de compromis entre deux pouvoirs dont aucun n'imprimait sa suprématie sur l'autre. Cet équilibre, déjà malmené comme cela a été vu dans les régimes présidentiels autres, ne se retrouve absolument pas au sein des régimes parlementaires.

Car si les Constitutions de ces régimes reconnaissent un pouvoir de nomination très étendu au profit du pouvoir exécutif (A), cette prérogative se heurte à une limitation très forte du champ d'application de la procédure de contrôle parlementaire (B).

A) Un large pouvoir de nominations réservé au pouvoir exécutif

Ici encore, il est possible de parler de constante : le pouvoir exécutif bénéficie au sein de ces régimes, et en vertu de la Constitution, d'un large pouvoir de nomination. Plus particulièrement, il convient de relever qu'il s'agit d'une compétence du chef de l'Etat, dont l'étendue est tout de même variable selon le régime envisagé.

1- Une compétence du chef de l'Etat

C'est ici une constante des régimes parlementaires : le pouvoir de nomination appartient traditionnellement au chef de l'Etat. Outre les explications historiques, c'est l'appartenance de celui-ci à la fonction exécutive qui lui confère ce pouvoir : l'administration étant hiérarchiquement soumise au pouvoir exécutif, il est logique que celui-ci ait un pouvoir de nomination, qui s'incarne dans le chef de l'Etat. Force est de constater que ce chef de l'Etat, traditionnellement irresponsable dans le cadre d'un régime parlementaire, n'est pas libre dans ses choix : la nécessité du contreseing ministériel lui ôte toute autonomie dans le choix des candidats. Cela étant, il est formellement l'autorité investie du pouvoir de nomination par la Constitution : il est loisible de citer l'article 60 de la Loi fondamentale allemande, l'article 87 de la Constitution italienne, l'article 118 de la Constitution péruvienne, ou encore l'article 171 de la Constitution de l'Equateur.

Il convient de relever le cas particulier du Royaume-Uni, dans lequel le monarque, chef de l'Etat, a perdu, même à titre formel, son pouvoir de nomination des hauts fonctionnaires au profit du Premier Ministre.

2- Le champ des nominations du chef de l'Etat : entre compétence de droit commun et compétence d'attribution

Force est de constater que les régimes parlementaires occidentaux reconnaissent au chef de l'Etat, un pouvoir de nomination très étendu. C'est par exemple le cas de la Loi fondamentale allemande, dont l'article 60 dispose que « *le président fédéral nomme et révoque les juges fédéraux, les fonctionnaires fédéraux, les officiers et les sous-officiers, sauf disposition légale contraire* ». La nomination de droit commun en matière de nomination appartient donc au Président.

La Constitution italienne dispose elle en revanche, en son article 87, que le Président « *nomme, dans les cas déterminés par la loi, les hauts fonctionnaires* ». Le principe est inversé ici puisque ce n'est que dans les cas prévus par la loi que le Président nomme les fonctionnaires. L'article 62 de la Constitution espagnole ne reconnaît au Roi qu'un pouvoir de nomination très limité puisqu'il se réduit au Président, aux ministres et aux ambassadeurs. La Constitution de Madagascar prévoit également que le Président de la République a un pouvoir de nomination limité au Premier Ministre et aux ministres, aux militaires représentants l'Etat auprès d'organismes internationaux et aux ambassadeurs. L'article 83 de la Constitution de la Fédération de Russie accorde au Président de la Fédération le pouvoir de nommer le gouvernement (dont son Président), les magistrats des Cours Suprêmes et les magistrats fédéraux, le Procureur général de la Fédération, le Haut commandement des Forces armées, le Président de la Banque centrale et enfin les ambassadeurs.

La systématisation du pouvoir de nomination n'est ainsi pas possible si ce n'est dans la reconnaissance d'une autorité de nomination, le chef de l'Etat. Son étendue est plus ou moins limitée par la Constitution elle-même. Il ressort en revanche des différents textes constitutionnels qu'une procédure de contrôle de ces nominations, si elle est prévue, n'en est pas moins limitée également.

B) La compétence parlementaire : un contrôle limité à certaines nominations

C'est sans doute ici un des éléments qui permet d'affirmer que l'exportation de la procédure américaine n'a pas connu un réel succès : le contrôle parlementaire apparaît très limité dans son champ d'application puisqu'il est une procédure d'exception. Cela étant, l'exemple britannique démontre une volonté politique d'étendre, certes de manière limitée, ce contrôle.

1- Le contrôle parlementaire, procédure d'exception

Le système américain prévoit un contrôle par le Sénat que l'on peut qualifier de « droit commun », puisqu'il s'exerce sauf si un texte le prévoit autrement. Les expériences des régimes présidentiels, cela a été vu, ont mis en place un principe inverse, d'attribution par la Constitution de pouvoirs de contrôle du pouvoir législatif sur certaines nominations. Les régimes parlementaires se sont également dirigés dans cette voie, et le contrôle par l'organe législatif apparaît même davantage limité.

En effet, les exemples allemands et espagnols sont particulièrement révélateurs de cet état du droit. Le pouvoir législatif y intervient uniquement dans la procédure de nomination des magistrats, et notamment des membres de la juridiction constitutionnelle. Les articles 94 et 95 de la Loi fondamentale allemande prévoient ainsi l'intervention des deux chambres dans la procédure de nomination des magistrats. La Constitution espagnole est davantage restrictive puisqu'elle ne prévoit l'intervention du Parlement que dans la nomination des membres du Tribunal constitutionnel, en son article 159. La Constitution de la Fédération de Russie attribue également au cas par cas une compétence de contrôle à l'organe législatif, et exclut notamment de ce contrôle la nomination du gouvernement ou encore du Haut commandement des Forces armées.

C'est ainsi un contrôle dont le champ d'application est défini *a minima* qui apparaît dans ces régimes. Une ambition politique au Royaume-Uni semble aller dans le sens d'une extension.

2- Le Royaume-Uni, l'ambition d'une extension du contrôle

Le Royaume-Uni apparaît intéressant du point-de-vue de l'évolution de la question de l'existence d'un pouvoir de contrôle du pouvoir législatif sur les nominations. Jusqu'à présent, et depuis 1997, la Chambre des Communes avait une compétence de contrôle extrêmement restreinte, qu'elle s'était elle-même reconnue : elle auditionnait les candidats nommés au Comité de politique monétaire de la Banque d'Angleterre. Cette compétence était très restreinte puisqu'elle a auditionné, en dix ans, seulement 26 candidats.

Les évolutions récentes témoignent d'une volonté politique d'étendre les compétences de la chambre basse en ces matières, évolutions souhaitées par le Premier Ministre Gordon

Brown, dans un discours prononcé devant la Chambre des Communes le 3 juillet 2007¹. Le Premier Ministre, souhaitant moderniser la Démocratie britannique, y évoque son souhait d'étendre la procédure de contrôle à des postes importants, notamment le contrôleur général des prisons (*Chief inspector of Prisons*), le Commissaire en charge de la fonction publique (*First Civil service Commissioner*), le Médiateur local (*Local Government Ombudsman*), le Gouverneur de la Banque d'Angleterre, ainsi qu'un certain nombre d'autorités de régulation. Malgré cette extension du champ de contrôle, la procédure restera d'exception dans la mesure où le Parlement ne contrôlera que les nominations qui lui seront expressément attribuées. L'effort est donc notable, même si le champ de contrôle n'est pas encore à la hauteur de celui reconnu au Sénat américain.

La volonté affichée va ainsi dans le sens d'une plus grande effectivité du contrôle parlementaire et donc de la transparence. Le point central de ce contrôle reste les modalités procédurales prévues, qui en déterminent très largement la portée.

§2 – Une compétence parlementaire sans unité procédurale

Les questions de formes et de procédures sont essentielles, dans la mesure où elles traduisent généralement la philosophie et les principes qui ont guidé la mise en place de tel ou tel instrument. S'agissant de la procédure constitutionnelle de contrôle des nominations au sein des régimes parlementaires, il convient de relever que, s'il apparaît que la compétence est dévolue au pouvoir législatif, celui-ci intervient de manière diverse tant au niveau de l'organe compétent (A), que de la procédure prévue. Or ces divergences de procédures révèlent parfois un pouvoir du Parlement qui peut aller au-delà du contrôle, vers un véritable pouvoir de co-décision (B).

A) L'organe parlementaire compétent : une attribution au cas par cas

Les procédures constitutionnelles de contrôle étudiées ici donnent compétence au pouvoir législatif. Il convient simplement de relever que les modalités de cette intervention sont plus ou moins diversifiées, tant au niveau de la chambre compétente, que de l'organe compétent au sein même de la chambre.

¹ Voir le discours : <http://www.number10.gov.uk/Page12274>

1- Le choix de la chambre compétente

La compétence peut tout d'abord, lorsque le régime est bicaméral, n'appartenir qu'à la chambre basse. C'est le cas du Royaume-Uni, ou encore de l'Allemagne pour la nomination des membres de l'autorité chargée de la gestion des archives de la Stasi. La compétence est bien souvent partagée entre les deux chambres, comme c'est le cas en Allemagne ou en Espagne. L'Italie offre le cas particulier d'une réunion des deux chambres pour se prononcer sur les nominations à la Cour constitutionnelle.

La Fédération de Russie offre la particularité de procédures multiples, qui dépendent de la nomination concernée. La nomination du Président du gouvernement et du Président de la Banque centrale fait ainsi intervenir la Douma d'Etat (chambre basse). La nomination des magistrats au sein des Cours supérieures et du Procureur général relève quant à elle du Conseil de la Fédération (chambre haute). Enfin, la nomination des ambassadeurs fait intervenir les deux chambres.

L'attribution de la compétence à telle ou telle chambre relève ainsi d'une analyse empirique. Même les Etats fédéraux, comme la Russie ou l'Allemagne, n'offrent pas une systématisation de la compétence de la Chambre Haute s'agissant des agents fédéraux comme c'est le cas aux Etats-Unis.

2- L'attribution de la compétence au sein des assemblées

La seconde question concerne les organes parlementaires compétents, au sein des assemblées, pour se prononcer. Il peut s'agir très simplement de la chambre elle-même, dans sa totalité, comme c'est le cas en Espagne, ou encore au Pérou. Dans certains cas, la compétence pour se prononcer sur les nominations a été dévolue à des commissions, composées de parlementaires. Il convient ici de faire une sous-distinction entre la compétence reconnue aux commissions permanentes des assemblées, compétentes au Royaume-Uni, et l'institution de commissions ad hoc, composées de parlementaires des deux chambres, comme c'est le cas en Allemagne pour la nomination des magistrats.

S'agissant des membres de la Cour constitutionnelle allemande, la procédure présente un subtil mélange de ces hypothèses : le Bundestag se prononce par le biais d'une commission ad hoc prévue par une loi du 12 mars 1951 modifiée, alors que le Bundesrat se prononce en séance plénière.

Ici aussi il convient de noter le cas particulier de la Fédération de Russie. Pour l'ensemble des nominations qui font intervenir l'organe législatif, l'article 83 de la Constitution attribue la compétence à la chambre dans son entier. En revanche, le dernier alinéa dispose que s'agissant des ambassadeurs, ils sont nommés « *après consultation des comités et commissions des chambres de l'Assemblée fédérale* ».

Il n'existe ainsi pas de principe général s'agissant de l'organe parlementaire compétent, si ce n'est la volonté toujours affichée d'assurer une représentation des partis, fidèle à leur poids politique.

Cette absence d'unité se retrouve s'agissant du déroulement de la procédure.

B) Les divergences procédurales, facteur de distinction des pouvoirs parlementaires

L'examen de la procédure envisagée par le Constituant est intéressant car elle permet de distinguer entre ce qui relève d'un pouvoir de contrôle, et ce qui relève davantage d'un pouvoir de co-décision. Il est ainsi pertinent à cet égard d'isoler les nominations au sein des Cours constitutionnelles, qui semblent révéler davantage un pouvoir de co-décision reconnu Parlement.

1- La procédure de contrôle : des réalités multiples

Après avoir traité de l'organe parlementaire compétent, il est intéressant de s'arrêter sur le déroulement de la procédure.

a) Vers un principe d'audition publique

L'audition des candidats peut soit être publique, comme c'est le cas au Royaume-Uni, soit ne pas l'être, comme en Allemagne. La tendance actuelle plaide plutôt en faveur d'une publicité, gage de transparence, et l'absence d'audition publique fait l'objet d'une vive critique en Allemagne. En effet, la publicité semble être un gage de transparence, même si comme cela a été vu concernant les nominations aux Etats-Unis, elle peut conduire à un renforcement de la politisation. Elle apparaît toutefois comme un pis-aller, et semble

incontournable au regard des objectifs de la procédure de contrôle. Le Premier Ministre britannique Gordon Brown plaidait donc en faveur de sa généralisation¹.

b) Des règles de majorité favorables au Parlement

Les règles de majorité sont également centrales. Si l'on exclut les nominations au sein des Cours constitutionnelles, il apparaît que le pouvoir législatif se prononce par le biais d'une majorité simple des membres de la commission ou de la chambre. C'est le cas en Allemagne et au Royaume-Uni. Cela apparaît particulièrement favorable pour le Parlement, la majorité simple, même de ses membres, étant assez facile à atteindre notamment au regard de l'importance des partis.

c) La faiblesse : un avis simple

La condition de majorité est à rapprocher de la portée de l'avis. En effet, la règle de majorité simple est particulièrement redoutable pour le pouvoir exécutif si l'avis est un avis conforme, par lequel le Parlement dispose d'un droit de veto. Or il est loisible de constater que l'avis rendu par le Parlement, au sein des régimes parlementaires étudiés, est toujours un avis simple : c'est le cas en Allemagne et au Royaume-Uni. L'exemple du Royaume-Uni est particulièrement édifiant sur ce point. S'agissant des nominations au Comité de politique monétaire de la Banque d'Angleterre, il n'est arrivé qu'une fois à la commission compétente de rendre un avis négatif : le gouvernement est passé outre. Par ailleurs, certaines Constitutions ne sont pas claires dans le choix des termes qu'elles utilisent, ce qui plaide en faveur d'un avis simple : en Suède, l'avis du pouvoir législatif est qualifié de « *déclaration* » ; au Pérou, le Président de la République doit simplement « *rendre compte* » de ses nominations²...

Le fait que le pouvoir législatif se prononce par le biais d'un avis permet de qualifier sa compétence de procédure de contrôle, dans la mesure où il vient se prononcer sur une proposition de l'exécutif. Il n'est ainsi pas à l'origine de la procédure de nomination.

En revanche il est des cas où le Parlement dispose d'un réel pouvoir, qui vient limiter la compétence du chef de l'Etat, mais qui s'éloigne d'un contrôle au sens strict.

¹ Discours 2007, précité.

² Article 118 C.

2- La nomination des membres des Cours constitutionnelles, procédure de co-décision

Il s'agit ici des nominations aux Cours constitutionnelles allemande, espagnole et italienne. Il convient toutefois d'exclure assez rapidement la procédure italienne, dans la mesure où la Constitution¹ prévoit un pouvoir de nomination partagé entre le Président, le Parlement et les juridictions suprêmes. Il ne s'agit donc pas ici formellement d'un encadrement du pouvoir présidentiel, puisque le Président n'est qu'une des autorités de nomination, et son pouvoir n'est pas soumis à contrôle.

En revanche, l'Allemagne et l'Espagne offrent des procédures intéressantes de nominations. Formellement en effet, c'est le chef de l'Etat qui est l'autorité de nomination, pour l'ensemble des juges. Or l'article 94 de la Loi fondamentale allemande dispose que les membres de la Cour constitutionnelle sont proposés par le Parlement, qui en a seul le pouvoir d'initiative. Le Parlement, plus qu'un contrôleur, est ainsi véritablement un co-décideur. Ainsi la procédure de nomination des magistrats à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne apparaît-elle particulière. Les 16 juges sont nommés par le Président mais seul le Parlement Fédéral a un droit de proposition des noms. Plus spécialement, les deux chambres se partagent les nominations, et le choix se fait selon une majorité des deux tiers. Ce pouvoir de proposition du Parlement a conduit en Allemagne à une très grande politisation des nominations, puisque les deux grands partis, en pratique, se mettent d'accord pour se partager ce droit d'initiative. Par ailleurs, le Professeur Michel Fromont relève que la pratique s'est établie selon laquelle parmi les huit nominations proposées par chaque parti, six candidats ont la carte du parti, et deux sont « neutres »².

Le système espagnol se rapproche de celui prévu en Allemagne. Formellement, la nomination des douze membres du Tribunal constitutionnel appartient au Roi, en vertu de l'article 159 de la Constitution. Mais celui-ci ne fait qu'entériner les propositions qui lui sont faites par le Parlement, par le gouvernement et par le Conseil général du pouvoir judiciaire³. Au sein du Parlement, les propositions de nominations se font à la majorité des trois cinquièmes, ce qui a conduit également à des conventions informelles entre les partis, et à un important processus de négociation politique.

¹ Article 134 C.

² FROMONT (M), « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n°15, 2003, p.92

³ Chaque chambre propose 4 membres, le gouvernement 2, le Conseil général du pouvoir judiciaire 2 également.

Il est ainsi impropre de parler, s'agissant des nominations aux Cours constitutionnelles dans ces Etats, d'une procédure de contrôle, au sens strict, des nominations. Certes le pouvoir de nomination du chef de l'Etat est encadré par les compétences reconnues au Parlement, mais ces compétences relèvent d'un pouvoir de co-décision. Le second élément que l'on peut tirer de ces nominations, est qu'une règle de majorité qualifiée n'est pas un gage d'absence de politisation : elle conduit les partis politiques à passer entre eux des accords informels, qui donnent aux nominations un caractère éminemment politique.

Ainsi, les exemples étrangers donnent l'exemple de diverses formes de procédures de contrôle. Le système américain domine indéniablement ce bref panorama, et semble le modèle le plus abouti de procédure de contrôle. Le pouvoir du Sénat est en effet considérable, même si le phénomène majoritaire vient en atténuer quelque peu les mécanismes. Il reste que le Président doit tenir compte de la position des sénateurs, qui ont un réel pouvoir de veto.

Les exportations de ce modèle, qu'il s'agisse des régimes présidentiels ou parlementaires, ne permettent pas de retrouver un tel pouvoir en faveur du Parlement. La limitation du champ d'investigation de la procédure de contrôle, la portée limitée de l'avis rendu par le Parlement, sont deux éléments que l'on retrouve dans ces régimes, et qui viennent nuancer l'idée d'un contre-poids à la volonté du chef de l'Etat.

Plus généralement, la question posée est celle de la pertinence du critère de la séparation des pouvoirs. Comme cela a été vu, c'est le régime présidentiel américain qui donne l'exemple le plus abouti d'un contre-poids du pouvoir législatif. Or l'idée selon laquelle la séparation des pouvoirs est plus stricte en régime présidentiel plaiderait pour que ce pouvoir soit renforcé au sein des régimes parlementaires. Il a été vu que tel n'était pas le cas. Dès lors, le critère de la séparation des pouvoirs, ici retenu du fait de son importance en droit constitutionnel, ne semble pas être effectif pour caractériser l'existence d'un contrôle parlementaire sur les nominations effectuées par le Chef de l'Etat, alors même qu'il s'agit de procédures prévues par la Constitution.

Qu'il soit permis dès lors d'évoquer l'ébauche d'un autre critère qui permette de systématiser l'existence ou non d'un contrôle par le Parlement : le système administratif.

Cette idée est évoquée dans un rapport de l'OCDE paru en 2007¹. Il semble en effet, que dans les Etats où le régime administratif est très développé, où il existe des procédures administratives de recrutement, où le système dit « de la carrière » est très fort, l'existence d'un contrôle des nominations, y compris les plus élevées, par le pouvoir législatif n'est pas perçue comme nécessaire. En revanche, le système américain, qui ne connaît pas de telles procédures régissant ses agents, a perçu la nécessité d'un tel contrôle. L'objet ici n'est pas de développer plus avant cette idée, dans la mesure où elle relève davantage de la gestion de la fonction publique en général. Mais elle semble expliquer un certain nombre de mécanismes, et semble particulièrement se justifier en France.

En effet, le système de contrôle des nominations par le juge administratif, l'existence de conditions statutaires, ont pendant longtemps justifier l'absence d'un contrôle des nominations du Président de la République par le Parlement. La reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire pour certaines nominations semblait trouver son pendant dans ces éléments de droit administratif, qui régissaient la grande majorité des nominations présidentielles. Les critiques qui s'élevaient contre ce pouvoir discrétionnaire ont toutefois trouvé échos dans les évolutions récentes de la Démocratie française. La réforme se faisait donc pressante.

¹ MATHESON (A), « *Etude 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

CHAPITRE 2 - UNE RÉFORME ATTENDUE

La nomination dans la haute fonction publique ou à la direction de grands organismes publics est, comme cela a été rappelé, une prérogative dévolue, en France, au chef de l'Etat, et ce depuis l'Ancien Régime. Qualifié parfois de « népotisme », cet état du droit a fait l'objet de nombreuses critiques, dans la mesure où l'on a vu naître un certain nombre de pratiques néfastes à cette institution. S'est ainsi développée une pratique selon laquelle, à la veille de l'installation de son successeur, le chef de l'Etat va « remercier » ses principaux collaborateurs en leur « offrant » des nominations prestigieuses.

Pratique d'un pouvoir qui remercie les serviteurs de l'Etat, la compétence de nomination reconnue au Président répond également, et peut-être avant tout, à un principe de réactivité : l'Administration assure l'exécution des actions du pouvoir exécutif élu. Elle doit donc partager, au moins au niveau des ses dirigeants, les ambitions de cet exécutif¹. Car un écueil à éviter est sans doute l'accaparement du pouvoir par les bureaux, au détriment du politique, élu par le peuple.

La tension est ainsi très forte entre d'un côté un pouvoir de nomination, perçu comme un privilège suranné, et de l'autre un pouvoir de nomination nécessaire au fonctionnement de l'Etat et au respect de la légitimité démocratique. C'est pendant longtemps semble-t-il l'intérêt de l'Etat dans le choix de ses serviteurs qui a prévalu. A la suite de différentes influences, la tendance semble s'être quelque peu inversée, privilégiant la transparence.

Aussi, l'émergence d'un contexte favorable, à la fois juridique et politique, à la mise en place d'une procédure de contrôle du pouvoir de nomination du Président de la République (**SECTION 1**) a-t-elle permis de traduire juridiquement une ambition politique (**SECTION 2**).

¹ MATHESON (A), « *Etude 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, p.8

SECTION 1 - Un contexte juridique et politique favorable à la mise en place d'une procédure de contrôle

Les évolutions des mentalités sociales sont toujours difficiles à expliquer, du fait de leurs multiples influences. L'analyse d'une réforme ne saurait pour autant se soustraire à une analyse du contexte, qui a permis son émergence : un point d'arrivée n'a pas de sens sans un point de départ et un parcours. Aussi, il semble ici essentiel de s'intéresser aux éléments de contingence qui ont constitué le terreau fertile de l'évolution juridique. Car, si la réforme du pouvoir de nomination du Président de la République est récente, le contexte politique et institutionnel apparaissait, à la veille de celle-ci, particulièrement favorable.

En effet, il est possible de mettre en exergue l'évolution des pouvoirs du Parlement en ce domaine, qui a émergé peu à peu (§1). Surtout, c'est l'existence d'un consensus politique, dans un contexte de campagne électorale, qui a été l'élément déclencheur et qui a permis de « franchir le pas » de la réforme (§2).

§1 - Les évolutions récentes du parlementarisme bridé

Sans qu'il soit ici besoin d'y consacrer de longs développements car cela est connu, la Constitution de la Vème République inaugure en France un parlementarisme « rationalisé », c'est-à-dire dont les procédures et les moyens d'action sont très encadrés. Cette rationalisation s'est opérée au profit du pouvoir exécutif, qui a des compétences importantes, et que beaucoup dénonçaient comme déséquilibrées par rapport à celles du pouvoir législatif.

La réforme constitutionnelle de 2008 avait pour ambition, notamment, d'introduire davantage d'équilibre entre le Parlement et le chef de l'Etat, et le pouvoir de nomination apparaît emblématique à cet égard. Cependant, force est de constater que la réforme n'est pas un commencement, mais davantage une continuité, voire un aboutissement. Car s'il est classique de constater le rôle initialement limité du Parlement en matière de nominations présidentielles (A), il est également possible de déceler dans les évolutions récentes des pouvoirs du Parlement des éléments qui vont dans le sens d'un pouvoir de contrôle, certes encore à l'état « embryonnaire » (B).

A) Un Parlement initialement absent de la procédure de nomination

Jusqu'à une période récente, le Parlement, en matière de nominations présidentielles, détenait une compétence restreinte, pour ne pas dire inexistante. Cela se justifiait par l'Histoire, qui fait de la nomination une prérogative forte du pouvoir exécutif, plus spécialement du chef de l'Etat. La Constitution de la Vème République ne rompt pas avec cet état du droit. En effet, un certain nombre d'arguments dont la pertinence est aujourd'hui à interroger, justifiaient un rôle secondaire du Parlement en cette matière.

1- L'absence de contrôle par le Parlement, des arguments dépassés

On serait ici tenté de choisir la forme interrogative: les arguments qui justifient l'absence de contrôle du pouvoir présidentiel de nomination sont-ils dépassés? Car leur poids semble encore très présent. Il est possible d'en relever deux principaux, dont l'influence actuelle semble devoir être différenciée: la séparation des pouvoirs, et le refus de la politisation du processus de nomination.

a) La séparation des pouvoirs, obstacle fictif

i-La séparation des pouvoirs: le choix d'une compétence propre

L'argument est aisément compréhensible, même s'il peut être contesté: la nomination est une compétence essentiellement exécutive, et donc le Parlement n'a pas à s'immiscer dans cette procédure. L'argument est efficace, car il permet de préserver la compétence de l'exécutif, ce qui est initialement un des objectifs de la Constitution de la Vème République. Cela étant, ce qui est refusé ici, c'est un partage de la compétence de nomination. Car la Constitution de 1958 a fait le choix de confier au pouvoir exécutif la compétence de nomination en tant que compétence propre, c'est-à-dire sans que n'intervienne une autre autorité, qui contrôlerait la décision. Il convient de distinguer ici la compétence propre de la compétence de nomination « concurrentielle » ou « concurrencée ». En effet, la Constitution reconnaît tout de même, en matière de nomination, une certaine compétence au pouvoir législatif.

Plus exactement, la Constitution offre aux Présidents des assemblées parlementaires une compétence de nomination à deux égards: chacun nomme, concurremment avec le

Président de la République, trois membres du Conseil constitutionnel¹, et, également concurremment avec le Président de la République, deux « *personnalités qualifiées* » au Conseil Supérieur de la Magistrature². Il s'agit ici d'une compétence propre de chaque autorité et la Constitution ne déroge pas au principe d'unité de l'autorité de nomination. Il n'est donc pas possible ici de parler d'encadrement du pouvoir de nomination, et cette compétence propre est directement issue du principe de séparation des pouvoirs.

ii-Un principe de séparation des pouvoirs détourné de sa portée

Comme cela a déjà été évoqué, lors de l'analyse des systèmes étrangers, la séparation des pouvoirs n'implique pas, ou ne peut aboutir, à une séparation rigide et absolue entre les organes et les fonctions: une collaboration se crée par nécessité. Même, il serait possible d'affirmer que c'est là un des objectifs de la théorie des « *poids et contrepoids* »: chaque organe doit pouvoir peser sur les compétences respectives de l'autre. La séparation des pouvoirs conduirait ainsi à un partage des fonctions, plus qu'à leur scission étanche.

A cet égard, la compétence de nomination ne saurait échapper à ce principe, et les exemples étrangers l'ont prouvé: la séparation des pouvoirs n'est pas un critère absolu, qui permettrait d'expliquer l'état du droit en matière de processus de nomination. L'argument ne semble donc pas pertinent, et en réalité, il cache une volonté de limiter les prérogatives du Parlement en matière de nomination, afin d'en faire un acteur secondaire.

b) Le refus de la politisation des nominations, obstacle tenace

Là aussi, l'argument est assez aisé à concevoir: il repose sur l'idée qu'un partage de la compétence de nomination, entre deux autorités politiques -le Président de la République et le Parlement- qui interviendraient sur une même nomination, conduirait à une vision politique du processus. En effet, cela conduirait sans doute à des tractations politiques, voire politiciennes, qui ne vont pas dans le sens d'une attribution, selon les « *vertus* » et « *talents* »³, des emplois publics. Les exemples étrangers le prouvent assez largement. La politisation naît ici du partage de la compétence.

Cela étant, il y a une autre lecture de l'argument de la politisation. Il est en effet possible de considérer que, dans la mesure où l'autorité de nomination est une autorité politique, la nomination a, en toute hypothèse, un caractère politique. L'argument de la

¹ Article 56 C., alinéa 1.

² Article 65 C., alinéa 2. Avant la révision de 2008, l'ex-article 65 prévoyait déjà cette compétence, qui était réduite à une personnalité. Le principe de la nomination existait donc déjà, ce qui justifie son actualisation ici.

³ Expressions utilisées par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

politisation est ici organique, et non plus procédural. C'est un argument qui est utilisé régulièrement, en particulier pour les nominations au Conseil constitutionnel: on parle volontiers de nominations politiques. Ce reproche est fait, sans distinction, aux nominations faites par le Président de la République, comme à celles effectuées par les Présidents des assemblées. Le système de nomination actuelle, mis en place en 1958, est donc déjà largement politisé.

La question posée est donc de savoir si une intervention du Parlement renforce ou non ce caractère politique des nominations, et si elle ne permet pas de poursuivre un objectif autre, qui est celui de la transparence. Pour cela, il apparaît nécessaire de dépasser le rôle secondaire initialement reconnu au Parlement en la matière.

2- Un Parlement, acteur secondaire

C'est la séparation des pouvoirs qui a justifié ce rôle restreint du Parlement. La compétence de nomination est une compétence constitutionnelle du chef de l'Etat puisqu'un certain nombre de nominations lui sont directement attribuées par la Constitution¹.

Cela étant, le Parlement n'est pas totalement absent en matière de pouvoir présidentiel de nomination. En effet, la Constitution renvoie à une loi organique le soin de préciser la liste des emplois pourvus par le Président². C'est ici seulement que le Parlement dispose d'une compétence: c'est lui qui vote la loi organique. C'est ainsi lui qui détient la compétence de répartition des nominations faites par le pouvoir exécutif, et, cela a été vu en introduction, de nombreuses lois sont intervenues en matière de pouvoir de nomination du Président de la République. Ce rôle du Parlement en matière de répartition doit cependant très largement être nuancé par le fait majoritaire, qui le conduit à ne pas s'opposer aux choix de l'exécutif, même si la compétence formelle lui appartient tout de même.

Le Parlement disposait ainsi de moyens pour déterminer dans une large mesure, exception faite des nominations prévues par la Constitution et de la compétence réglementaire prévue par l'ordonnance du 29 novembre 1958 évoquée en introduction, la compétence de nomination du Président de la République. Les évolutions récentes l'ont à ce titre démontré.

¹ Article 13 C., alinéa 3.

² Article 13 C., alinéa 4.

B) La tendance récente à la procédure d'avis parlementaire

Cette évolution est liée au développement des Autorités administratives indépendantes. Comme leur nom l'indique, la création des Autorités administratives indépendantes repose sur la volonté d'avoir une entité à la fois indépendante du pouvoir hiérarchique de l'autorité politique, mais sans aller jusqu'à un statut juridictionnel. Le rôle de régulation de ces autorités impose qu'elles soient composées de personnalités indépendantes du pouvoir politique. Dans le même temps, leur caractère administratif les rattache à l'article 13 de la Constitution, et donc au pouvoir de nomination reconnu au Président de la République.

La conciliation de ces deux logiques a conduit le Législateur à prévoir, au cas par cas, que le Président de la République devait, pour certaines nominations, obtenir l'avis de la commission parlementaire compétente avant de procéder à la nomination.

1- Une procédure récente

Il convient de relever qu'il s'agit là d'une procédure récente : la première autorité administrative remonte à 1973, avec l'apparition du Médiateur de la République¹, alors que les premières procédures d'avis remontent à 2006. En effet, l'article 5 de la loi du 7 décembre 2006, *relative au secteur de l'énergie*² a modifié l'article 28 de la loi du 10 février 2000, *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*³, qui concerne la Commission de Régulation de l'Énergie et qui dispose désormais que : « *Le président du collège est nommé par décret [...], après avis des commissions du Parlement compétentes en matière d'énergie* ». Cette première expérience a été étendue à d'autres autorités : le Président de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes⁴ ; le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵, le Président de l'Autorité de

¹ Loi n°73-6 du 3 janvier 1973 *instituant un Médiateur*, JORF du 4 janvier 1973, p.164

² Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 *relative au secteur de l'énergie*, JORF du 8 décembre 2006, p.18531

³ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, JORF du 11 février 2000, p.2143

⁴ Loi n°2007-309 du 5 mars 2007 *relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, JORF du 7 mars 2007, p.4347. L'article 17 modifie l'article L130 du Code des postes et des communications électroniques.

⁵ Loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007 *instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté*, article 2, JORF du 31 octobre 2007, 17891

la concurrence¹ ; et le Président du Haut Conseil des Biotechnologies². Pour ne citer que les exemples les plus récents, c'est ainsi en application de cette procédure qu'ont été nommés M. Bruno Lasserre à la présidence de l'Autorité de la Concurrence en janvier 2009³, Mme Catherine Bréchnignac à la Présidence du Haut Conseil des Biotechnologies⁴ en avril 2009, et M. Jean-Ludovic Silicani à la présidence de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes en mai 2009⁵.

2- Une procédure insuffisamment développée

Indéniablement, cette procédure va dans le sens d'une plus grande transparence, puisqu'elle associe les parlementaires au pouvoir de nomination.

Cela étant, le pouvoir des commissions est limité : eu égard à la multiplicité des Autorités administratives indépendantes, il est possible de relever que l'avis donné sur seulement cinq nominations apparaît dérisoire. S'agissant de la procédure, il convient de relever le peu de médiatisation de ces avis. Par ailleurs, l'avis des commissions reste un avis simple, qui ne saurait lier l'exécutif. A priori, aucun avis négatif n'a été émis pour l'heure, et c'est plutôt l'unanimité qui semble de mise⁶.

Si elle va dans le bon sens, la procédure d'avis prévue par les textes législatifs récents apparaissait limitée, eu égard au peu de nominations qu'elle concernait, mais également quant à sa portée.

La question posée était donc de savoir si le système initial, mis en place en 1958, était susceptible d'être dépassé, à l'aune des procédures embryonnaires apparues récemment. C'est

¹ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF du 5 août 2008, p.12471. L'article 95 modifie l'article L461-1 du Code de Commerce.

² Loi n°2008-595 du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés, JORF du 26 juin 2008, p.10218. L'article 3 modifie l'article L531-4 du Code de l'Environnement.

³ Auditions devant les commissions parlementaires le 7 janvier 2009 ; nomination par un Décret du 14 janvier 2009 portant nomination du Président de l'Autorité de la Concurrence, JORF du 15 janvier 2009, p.837.

⁴ Auditions devant les commissions permanentes le 1^{er} avril (Assemblée nationale) et le 8 avril 2009 (Sénat), nomination par un Décret du 30 avril 2009 portant nomination du président du Haut Conseil des biotechnologies, du président et des membres du comité scientifique et du président et des membres du comité économique, éthique et social, JORF du 3 mai 2009, p.7497.

⁵ Auditions devant les commissions permanentes le 6 mai (Sénat) et le 7 mai 2009 (Assemblée nationale) ; nomination par un Décret du 8 mai 2009 portant nomination du président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, JORF du 10 mai 2009, p.7856.

⁶ Sur ce point, il est possible de citer, pour un exemple parmi d'autres, l'avis précité émis sur la nomination de Mme Catherine Bréchnignac.

ici la question de la légitimité d'un contrôle parlementaire des nominations présidentielles qui était posée, qui pouvait être perçu comme une immixtion insupportable dans la fonction exécutive. La question était donc éminemment politique, et il a fallu attendre l'émergence d'une volonté des acteurs politiques de mettre en place un tel contrôle, pour que la réforme soit évoquée.

§2 - L'existence d'un consensus politique en faveur d'une réforme

Sans doute, s'agissant de la volonté de modifier la Constitution, et plus particulièrement d'y insérer un contrôle du pouvoir présidentiel de nomination, le contexte a été des plus favorables. Il a permis la rencontre entre d'une part, les évolutions juridiques en faveur des pouvoirs du Parlement, et d'autre part, une volonté politique de reconnaître un certain pouvoir au Parlement.

C'est ainsi le contexte de la campagne présidentielle de 2007 qui a été un accélérateur de la réforme (A). Par ailleurs, l'élection de Nicolas Sarkozy, qui s'était prononcé en faveur d'un encadrement des pouvoirs présidentiels, a permis de concrétiser les promesses de la campagne (B).

A) Un contexte de campagne électorale, facteur d'accélération de la réforme

Il est possible de mettre en lumière une volonté contemporaine en faveur de la transparence. Les théories liées au mouvement dit de la « nouvelle gouvernance » prônent en effet cette transparence et l'émergence d'un partage des compétences. Au niveau institutionnel, cela se traduit par la volonté d'associer le Parlement aux décisions exécutives les plus importantes.

Il convient ici de remarquer que ces idées ont connu un succès en France, succès lié à un contexte de campagne présidentielle. En effet, à considérer les programmes des trois principaux candidats¹, c'est une volonté unanime affichée de réformer les institutions de la Vème République qui apparaît, et cette réforme passe par un renforcement des pouvoirs du Parlement en matière de nominations.

¹ François Bayrou pour le Mouvement démocrate ; Ségolène Royal pour le Parti Socialiste et Nicolas Sarkozy pour l'Union pour un Mouvement Populaire.

Ainsi, sur la réforme des institutions, François Bayrou déclarait dans son programme : « *Je ne serai pas le Président d'un clan contre un autre. Je refuserai les nominations de complaisance* ». Cette affirmation s'accompagnait de la proposition suivante : « *soumettre les nominations des membres des autorités de contrôle au Parlement se prononçant à la majorité des deux tiers, pour que soient nommés les plus compétents et non les plus proches du pouvoir* ». Le candidat du Mouvement Démocrate lie ainsi cette intervention du Parlement à une exigence de compétence. Par ailleurs, émerge un embryon de procédure, avec la proposition d'une majorité des deux tiers : cela apparaît assez contraignant pour le Président qui devra obtenir un certain consensus sur le candidat proposé.

L'instauration d'un contrôle parlementaire des nominations présidentielles n'apparaît pas expressément dans le programme de Ségolène Royal. La proposition 71 de son programme affiche la nécessité de « *revaloriser le rôle du Parlement* », mais rien n'est précisé sur son rôle en matière de nominations.

Le candidat Nicolas Sarkozy abordait dans son programme la question des nominations. Il déclarait ainsi : « *Je veux que les nominations aux fonctions les plus importantes de l'État se fassent sur des critères de compétences et de hauteur de vue, et non pas sur des critères de proximité avec le pouvoir politique en place. Les candidats à ces nominations seront auditionnés publiquement par le Parlement et celui-ci pourra mettre son veto à leur nomination* ». Ici encore on retrouve le lien fait entre la compétence du Parlement et la garantie de compétence. Nicolas Sarkozy évoque deux éléments de procédure importants : l'audition sera publique, et le Parlement bénéficiera d'un droit de veto. Certes rien n'est précisé sur ce pouvoir de veto, notamment sur la question de la majorité requise, mais il ressort de ces éléments succincts une volonté de faire du Parlement un réel acteur du processus de nomination, en lui conférant un réel pouvoir. Le candidat ayant eu le succès que l'on sait, il convient de s'intéresser aux réalisations qui ont suivi son élection.

B) Les promesses d'un candidat élu

Le Président de la République, Nicolas Sarkozy, élu en avril 2007, a souhaité traduire rapidement les éléments de son programme en matière de réformes des institutions. Cette réforme, il en pose les grandes lignes dans un discours qui restera sans doute célèbre, prononcé à Epinal le 12 juillet 2007¹. Le chef de l'Etat insiste sur l'« *urgence* » de la réforme:

¹ Le lieu est symbolique: le 29 septembre 1946, le Général De Gaulle critiquait, à Epinal, le projet adopté par l'Assemblée constituante qui allait devenir la Constitution de la IV^{ème} République.

« *les réformes ne peuvent plus attendre* ». Ce mouvement vise à prendre en compte les changements intervenus depuis 1958, et qui ont affecté les « *modes de gouvernement* », et l'idée de « *Démocratie* ». Le Président annonce la mise en place d'un comité de réflexion, présidé par l'ancien Premier Ministre Edouard Balladur, chargé de proposer un certain nombre de réformes.

Mais le Président de la République va également définir les axes sur lesquels le comité doit réfléchir. Il insiste d'abord sur la nécessaire réforme des prérogatives du Président de la République, et plus spécialement sur la nécessité d'établir « *une République des compétences* ».

1-La nécessaire réforme des compétences du Président de la République

Concernant le pouvoir du Président, et sans prétendre ici à l'exhaustivité, les préférences du Président de la République vont vers un Président qui gouverne. Cela implique qu'il puisse s'exprimer devant le Parlement au moins une fois par an, sans remettre en cause le principe d'irresponsabilité ; que le nombre de mandats successifs pourrait être limité... La réforme du Président passe également par un renforcement, une « revalorisation » du Parlement, qui doit retrouver des prérogatives fortes par rapport à un exécutif fort. Le Président Sarkozy évoque notamment son rôle de contrôle sur les actions de l'exécutif. C'est dans ce cadre que s'inscrit le contrôle du pouvoir de nomination.

2-Vers « une République des compétences »

On serait tenté ici de reformuler cette affirmation du Président dans son discours: l'encadrement du pouvoir de nomination du Président conduit-il à une « *République des compétences* »? L'orateur en est en tout cas persuadé, en affirmant sa volonté de mettre fin à la « *République des connivences* », et à la « *valse des responsables à chaque alternance politique* ». Cela passe, selon le Président Sarkozy, par un encadrement du pouvoir de nomination du Président.

Quelles en seraient les modalités? Force est de constater que la lettre du texte démontre une ambition politique très forte: le Président souhaite que « *pour les postes à haute responsabilité, la décision soit partagée avec le Parlement* ». Si l'on analyse les termes employés, il s'agit véritablement d'une réforme profonde. En effet, le champ d'application est défini de manière très large: « *postes à haute responsabilités* » peut être susceptible de

renvoyer à la haute fonction publique dans son ensemble. Le Président renvoie bien à une vérité large en utilisant le pronom « *les* »; l'utilisation du pronom « *des* » aurait permis de circonscrire ce champ d'application. Par ailleurs, le Président Sarkozy parle d'une décision « *partagée* ». Là aussi, le terme est très fort dans la mesure où il renvoie à l'idée d'une co-décision, et donc d'un réel pouvoir reconnu au Parlement. Ce faisant, on quitterait l'idée d'une procédure de contrôle *stricto sensu*, pour se diriger vers une compétence partagée.

Ainsi si les mots ont un sens, le discours d'Epinal marque une volonté politique très ambitieuse sur l'encadrement du pouvoir de nomination, volonté qui devra se traduire juridiquement, selon un processus encore long.

SECTION 2 - La traduction juridique d'une volonté politique

Un auteur notait encore récemment « *La parole politique n'a d'effets juridiques que dans certains contextes institutionnels ritualisés* », mais encore que « *la parole politique n'est efficace que par ses prolongements juridiques* »¹.

Le passage de la volonté politique à la réalité juridique est un processus éminemment intéressant en soi, et qui mériterait, à lui seul, des développements qui dépassent largement l'ambition de cet exposé. Il s'agit simplement ici de mettre en exergue les vicissitudes d'une réforme pensée par le politique, examinée et mise en forme par un comité d'experts, pour être solennellement adoptée par le constituant.

Il convient tout d'abord de noter la relative rapidité du processus de traduction juridique en l'espèce. Comme cela vient d'être analysé, le point de départ est le discours d'Epinal prononcé par le Président de la République en juillet 2007, qui aboutit, un an plus tard, à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Entre temps, le travail d'expertise effectué par le « *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République* », dit « *Comité Balladur* » a été analysé, « *pesé* » et transformé par le constituant, qui a accompli un travail important de préparation. Beaucoup de « *matière* » et beaucoup de changements en un temps « *réduit* », qui traduisent à la fois l'importance de la réforme et la nécessité de faire des choix politiques.

¹ MARKUS (J-P), « De l'effet juridique de la parole politique...et inversement », *JCPA* n° 27, 5 juillet 2010, p. 2.

Car l'aboutissement de la réforme, en tout cas pour son volet constitutionnel, qui sera seul analysé ici, est avant tout la traduction de choix politiques, qui expliquent très largement les divergences existantes entre ce que proposait le rapport du « Comité Balladur », et la teneur de l'article 13, alinéa 5 nouveau de la Constitution. Comparaison n'étant certes pas raison, il est apparu intéressant de revenir sur la proposition qui était faite par le « Comité Balladur », et qui apparaissait comme globalement favorable au Parlement (§1), afin de la mettre en perspective avec le résultat finalement adopté par le constituant en 2008, et qui fait apparaître des éléments de continuité, mais également un certain nombre de divergences, qui vont dans le sens d'une restriction des pouvoirs du Parlement en la matière (§2).

§1 – La proposition du « Comité Balladur », une procédure favorable au Parlement

Comme cela a été rappelé, le « Comité Balladur » a proposé dans son rapport¹ un certain nombre de réformes, qui ne se limitent pas au Président de la République. Cela étant, et cela a été vu, le comité s'est intéressé de manière très détaillée au Président de la République, et en particulier à la question des nominations.

La question de l'encadrement du pouvoir de nomination du président de la République a fait l'objet d'un traitement détaillé. La longueur d'un développement n'étant certes pas gage absolu de son importance, il convient tout de même de noter que cette question a retenu l'attention du comité sur trois pages de son rapport, ce qui est autant que le traitement de l'article 16, et alors que l'exception d'inconstitutionnalité, qui est la question qui a le plus inspiré les membres du comité, est traitée sur cinq pages. Le comité a ainsi proposé une réforme très détaillée de ce pouvoir: il en a défini non seulement le champ d'application (A) mais également les principales modalités procédurales (B).

A) Le champ d'application proposé : souplesse d'une limitation annoncée

A l'expérience des exemples étrangers, le comité s'est posé la question de l'étendue d'une éventuelle procédure de contrôle. L'alternative était connue : soit proposer un contrôle procédure de droit commun, sur le modèle américain, soit proposer un contrôle procédure

¹ COMITE DE REFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE REEQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VEME REPUBLIQUE, « *Une Vème République plus démocratique* », Fayard, La Documentation française, 2007.

d'exception, en fixant une liste limitative des nominations concernées. Le comité s'est très vite orienté vers une procédure de contrôle d'exception. Cela étant, il convient de remarquer qu'il a pris soin de ne pas enfermer cette procédure dans des limites trop restrictives, laissant une certaine marge de manœuvre, et par là même démontrant sa volonté d'un contrôle efficace.

1- La proposition d'une procédure d'exception

Le « Comité Ballardur » a souhaité faire de la procédure d'avis parlementaire une procédure d'exception, choix qui se révèle comme n'en étant pas un.

a) Un choix effectué en amont

En réalité, il s'agissait d'un « non-choix » pour le comité, dont la marge de manœuvre était limitée a priori. En effet, à la lecture de la lettre de mission définissant les points sur lesquels le Président souhaitait que le comité réfléchisse¹, il apparaît clairement que le Président Sarkozy n'était prêt qu'à accepter une procédure de contrôle procédure d'exception. Il indiquait que l'encadrement des pouvoirs présidentiels pourrait passer notamment « *par un droit de regard du Parlement sur les nominations les plus importantes* ». Il évoquait plus loin les « *nominations aux plus hautes responsabilités* ».

Sans être complètement fermée, la marge de manœuvre du comité était ainsi réduite, et celui-ci ne pouvait que se conformer aux souhaits présidentiels.

b) Le respect du souhait présidentiel : une procédure d'exception

La retranscription, par le comité lui-même dans son rapport, de sa mission en matière d'encadrement des nominations affiche dès le départ vers quoi il s'achemine. En effet, le comité relève qu'il lui appartient de « *circonscrire le champ des nominations susceptibles d'être visées par une procédure d'encadrement* »². Le comité se pose donc dès le départ des limites très claires : il lui appartient simplement de déterminer quelles nominations pourraient faire l'objet d'un contrôle.

Le comité pose deux limites essentielles : cette procédure ne pourra s'appliquer ni aux nominations prévues au troisième alinéa de l'article 13 de la Constitution, ni aux emplois qui « *sont la traduction du pouvoir, conféré au Gouvernement par l'article 20 de la Constitution,*

¹ Lettre figurant en annexe au rapport du comité, précité.

² Rapport précité, p. 16.

de « disposer de l'administration » (préfets et sous-préfets, directeurs d'administration centrale et leurs subordonnés directs, diplomates...) »¹. Ces deux limites sont fondamentales dans la mesure où, il faut le souligner, ces nominations sont sans doute les plus importantes et les plus politiques.

Si cette exclusion est de taille, il est sans doute possible de l'expliquer par le caractère intrinsèquement politique de ces nominations. On retrouve ici l'idée de « réactivité » de la fonction publique : les hauts fonctionnaires visés ici sont les interfaces directes entre le politique et l'administratif. Ils sont, certes, des autorités administratives, mais leur mission est très fortement teintée de caractère politique, puisqu'ils sont responsables de la mise en œuvre des orientations fixées par l'autorité qui les nomme. Il suffit de regarder les changements qui se produisent après chaque élection dans ces corps, pour se convaincre de leur caractère politique.

C'est dans le cadre de ces limites que le comité va proposer un champ d'application à la procédure de contrôle, en réussissant à maintenir une certaine souplesse.

2- La préservation d'une certaine souplesse

Deux éléments de souplesse ont été introduits par le « Comité Balladur » : le choix d'un champ d'application défini constitutionnellement mais de manière large, et surtout la compétence du législateur organique pour établir la liste des emplois concernés.

a) Un encadrement constitutionnel souple

Après avoir établies les limites analysées ci-dessus, le comité propose l'établissement d'une liste d'emplois à soumettre au contrôle, eu égard « à l'importance qu'ils revêtent pour la protection des libertés, la régulation des activités économiques ou le fonctionnement des services publics ». C'est cette expression qui serait contenue à l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution². A l'analyse, la définition ici proposée du champ d'application de la procédure de contrôle apparaît tout de même assez large. Le critère de l'importance des emplois visés semble peu contraignant : s'il renvoie indéniablement aux fonctions de direction, il pourrait tout à fait s'appliquer à des fonctions de responsabilités ou d'encadrement hors direction.

Par ailleurs, le Comité a fixé des domaines, là aussi susceptibles d'une interprétation large.

¹ Ibid. p. 17.

² Ibid. p.164, proposition n° 8.

i-La « protection des libertés »

La « *protection des libertés* », qui connaît un développement remarquable, est un domaine susceptible de renvoyer à de nombreux emplois. Il est loisible de citer naturellement les Autorités administratives indépendantes telles que la Commission Nationale Informatique et Libertés, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, ou encore le Médiateur de la République ; mais la protection des libertés peut également renvoyer aux magistrats, aux membres du ministère public, nommés par le Président, en vertu de l'ordonnance du 28 novembre 1958 précitée (Procureur général près la Cour de Cassation, procureur général près la Cour des Comptes, procureur général près une Cour d'Appel)¹, aux professeurs de l'enseignement supérieur, nommés par le Président en vertu de ce même texte².

ii-La « régulation des activités économiques »

La « *régulation des activités économiques* » renvoie, elle, à une réalité assez bien définie, et peu susceptible d'une interprétation très large. Cela fait essentiellement référence aux autorités ayant une mission de régulation, telles que l'Autorité des Marchés Financiers, l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes, l'Autorité de la Concurrence, ou encore la Commission de Régulation de l'Énergie.

iii-Le « fonctionnement des services publics »

En revanche, le « *fonctionnement des services publics* » est, par excellence, le domaine le plus susceptible d'une interprétation large. Cela s'explique par la notion fluctuante et contingente de service public, qui a conduit à la multiplication des services publics, non démentie aujourd'hui.

Ainsi, il apparaît que le comité, qui agissait dans un cadre pourtant bien défini, est parvenu à proposer une définition constitutionnelle assez souple du champ d'application de la procédure de contrôle, ce qui permet de laisser ouvert ce champ d'application. Car le comité va renvoyer la fixation de la liste des emplois concernés à une loi organique, redonnant au pouvoir législatif une certaine marge de manœuvre.

¹ Ordonnance du 28 novembre 1958, précitée, article 1.

² Ibid., article 2.

b) Le renvoi à la loi organique, une compétence législative retrouvée

i- Une compétence législative préservée

Cela a été vu à propos des régimes étrangers : lorsque le champ d'application est fixé par la Constitution elle-même, cela est moins favorable au pouvoir législatif, dans la mesure où la Constitution est, dans la majorité des hypothèses, plus délicate à réviser. Le « Comité Balladur » a, semble-t-il, bien perçu la trop grande rigueur qui entoure une liste contenue dans la Constitution elle-même. Il a donc renvoyé à une loi organique la fixation de la liste des emplois concernés par la procédure de contrôle, dans les domaines définis. Certes, la procédure reste limitative, d'attribution. Mais ce renvoi à la loi organique permet au pouvoir législatif de pouvoir lui-même se prononcer sur les nominations qui feront l'objet d'un contrôle, puisqu'il vote les lois organiques. Cela est donc favorable au pouvoir législatif, qui pourra, dans une certaine mesure, délimiter sa propre compétence.

ii- La proposition d'une liste indicative par le Comité : une audace prudente

Dans son rapport, le comité fait la proposition d'un certain nombre d'emplois, qui devraient selon lui faire l'objet de la procédure. On y trouve les autorités administratives précitées, mais également un certain nombre d'organismes tels que la Banque de France, la Caisse des Dépôts et Consignations, le Centre National de la Recherche Scientifique, Electricité de France, ou encore Voies Navigables de France. Le comité n'a pas fait preuve d'une grande audace sur ce point, mais il convient de remarquer qu'il n'était pas tenu de préciser les emplois concernés : en proposant une liste d'emplois « *minimum* », il prouve sans doute son souhait d'une réelle effectivité de la procédure, et l'importance qu'elle revêt.

Surtout, le comité va aller au-delà de la liste « classique », qui vient d'être évoquée, qui ne pose pas vraiment de difficulté politique, en proposant d'inclure dans la procédure les « *personnalités qualifiées nommées au Conseil supérieur de la Magistrature et au Conseil économique et social, ainsi que les nominations du Président et des membres du Conseil constitutionnel* ». L'idée n'est pas nouvelle d'encadrer ce type de nominations, au regard des critiques récurrentes qui étaient portées au pouvoir de nomination du Président en ces domaines. La nomination des membres du Conseil constitutionnel en est le symbole. Sur ce point, le comité a perçu la difficulté d'un partage du pouvoir de nomination entre le Président de la République et les Présidents des deux assemblées. Aussi, il propose que la procédure s'applique également aux « *nominations de même rang* » faites par ces deux dernières autorités. Le Comité préserve ainsi une certaine égalité entre les procédures, qui permet d'éviter sans doute que certaines nominations bénéficient d'une plus ou moins grande

légitimité, ce qui ne manquerait pas de poser des difficultés au sein des institutions concernées. Cette extension aux nominations autres que celles du Président de la République témoigne du fait que cet encadrement, s'il révèle une volonté affichée de limiter les prérogatives du chef de l'Etat, vise également à instaurer un principe de transparence dans ces procédures, opposable à l'ensemble des autorités de nomination.

Allant au bout de sa mission, le comité va également proposer une ébauche de procédure, qui apparaît assez ambitieuse.

B) La procédure proposée : l'ambition d'un contrôle effectif

L'encadrement du pouvoir de nomination vise, selon le comité, à éviter que certaines nominations « *n'apparaissent comme le « fait du Prince* » »¹. Cela étant, il convient de concilier l'intervention du pouvoir législatif avec la nécessité que le Président conserve « *son entier pouvoir de nomination* »². Le comité avait ainsi la lourde tâche de parvenir à maintenir cet équilibre, et toute la question est de savoir si la procédure proposée y parvient. Le comité s'est d'abord intéressé à l'organe compétent, avant de s'intéresser à l'avis lui-même.

1-L'organe compétent : la création d'une commission *ad hoc*

Sur ce point, le comité avait une certaine marge de manœuvre dans la mesure où la lettre de mission du Président de la République se bornait à donner compétence au Parlement. Par ailleurs, les exemples étrangers ne manquent pas de donner un panel assez large de procédures possibles. Le comité va ainsi proposer la constitution d'une commission *ad hoc*, qui apparaît comme un gage de représentation équitable, mais qui n'est pas sans poser de difficultés.

a) La commission *ad hoc*, gage d'une représentation équitable

Il est évident que la procédure de contrôle ne pouvait être réservée à l'une ou l'autre des assemblées : elle devait, au nom du bicaméralisme quasi égalitaire français, inclure les deux chambres. Le sujet était politiquement très sensible, dans la mesure où le Sénat aurait mal perçu une compétence exclusive de l'Assemblée nationale, et *vice versa*. Aussi, la participation des deux assemblées apparaît-elle logique.

¹ Rapport précité, p. 16.

² Ibid.

La question était de savoir comment organiser cette participation mixte, qui devait nécessairement préserver l'égalité des deux chambres, tant en terme de procédure que de représentation. Le comité proposait ainsi de mettre en place une commission mixte, regroupant des membres des deux assemblées, et qui serait constituée spécialement pour se prononcer sur une nomination envisagée. Cet organe permet assurément d'assurer les deux exigences précitées : une procédure unique et uniforme, puisque le candidat ne serait auditionné que par un seul organe ; une représentation équitable des chambres et des tendances politiques, puisque la commission serait composée à la proportionnelle des groupes. Sur ce dernier point, il serait toujours possible de relever la difficulté d'assurer une égalité parfaite, même proportionnelle, entre les deux assemblées. Les tractations politiques se feraient sans doute ici très fortes, mais il semble que cette difficulté serait surmontée. En revanche, certaines difficultés semblent demeurer quant à cette commission *ad hoc*.

b) Les difficultés d'une commission *ad hoc*

La constitution d'une commission spéciale pose un certain nombre de difficultés, en tout cas d'interrogations.

Il convient tout d'abord de relever que la proposition du comité est assez vague et ne permet pas de savoir s'il s'agit d'une commission spéciale, composée de manière permanente pour toutes les nominations, ou si elle doit être recomposée à chaque nomination envisagée. La première solution a l'avantage de ne pas alourdir outre mesure la procédure, en procédant à chaque nouvelle nomination à une nouvelle composition de la commission. Elle offre l'avantage de la stabilité. En revanche, elle alourdit sans conteste la tâche des membres qui la composent, dans la mesure où les auditions devraient être plus ou moins nombreuses. La difficulté réside dans le fait que les parlementaires sont déjà très accaparés par leurs obligations, à la fois en séance publique et en commission ; or, la procédure de nomination doit tout de même répondre à une certaine réactivité, et le Parlement doit être à même de se prononcer assez rapidement. Donc, une commission composée à l'identique pour toutes les nominations imposerait une réflexion sur l'organisation parlementaire.

La seconde critique d'une commission composée de manière pérenne repose sur des questions de compétences techniques. En effet, le spectre des nominations soumises à contrôle est assez large, et donc il touche à des domaines très techniques, tels que la sûreté nucléaire, les marchés financiers, la concurrence, l'audiovisuel, etc... Cette multiplicité des domaines dans lesquels les parlementaires auront à se prononcer pose un problème de spécialisation, qui conditionne l'effectivité du contrôle. Car l'audition n'a de sens que si elle

est faite par des personnes à même de se prononcer sur les compétences techniques du candidat proposé. Aussi, la commission ad hoc composée de manière permanente ne permet pas a priori de maintenir le même degré de technicité dans tous les domaines. Seule une commission composée en fonction du sujet permettrait de répondre à cette spécialisation, même si cela conduit à alourdir la procédure.

Le choix effectué par le comité pose donc un certain nombre de questions, qui ne sauraient être résolues qu'à l'épreuve de l'expérience. Il reste en toute hypothèse que, dans l'esprit du comité, cette commission doit pouvoir se prononcer dans des conditions satisfaisantes, et cela se traduit dans la portée de l'avis envisagée par le comité.

2-L'avis de la commission, les tiraillements d'un équilibre

S'agissant de l'avis en lui-même, le comité renvoie, pour la fixation de ses modalités, à une loi organique. Cela a le mérite d'offrir au Parlement une certaine souplesse dans la définition de ces modalités, mais il est possible de reprocher justement cette trop grande souplesse : ne fallait-il pas poser les éléments essentiels de cet avis dans le texte même de la Constitution ? La question reste ouverte, mais ce n'est pas la voie choisie par le comité.

Soucieux de préserver un équilibre, difficile, entre d'un côté la préservation du pouvoir de nomination du Président de la République, et de l'autre, la nécessité de la transparence, le comité a fait le choix d'une procédure plutôt favorable au Parlement, même si un certain flou demeure. Ces éléments s'expriment dans le choix d'une très large publicité faite à la procédure d'avis, mais également dans le choix d'un avis à la majorité simple, même si sa portée reste incertaine.

a) Le choix d'une large publicité, gage de transparence

C'est sans doute un élément important de l'effectivité du contrôle : la publicité est un élément de responsabilisation du Parlement, en ce sens que sa position est connue de tous, même si elle interroge sur la liberté de choix individuel des parlementaires. Il convient de distinguer pour analyser ces points, la publicité de l'audition, de la publicité de l'avis lui-même.

i-La publicité de l'audition

Sur ce point, le choix du comité est sans ambiguïté : les « *auditions seraient publiques* »¹. Selon le comité, ce choix s'inscrit dans le cadre d'un « *droit de l'opinion à l'information sur des choix essentiels* ». L'objectif de transparence semble donc justifier cette publicité, le huis-clos étant toujours perçu comme renforçant la partialité, et faisant peser un doute persistant sur un choix effectué dans le « secret ».

ii-La publicité de l'avis

Là aussi, le comité affiche un choix ferme pour cette publicité : la « *commission rendrait un avis public* »². Cela semble assez logique au regard du choix de l'audition : il serait difficilement concevable que le déroulement de la procédure soit public, alors que la décision finale reste secrète. C'est donc le choix de la cohérence et de la transparence qui est ici proposé. Cette publicité conditionne l'effectivité de la consultation du Parlement, dans la mesure où cela l'oblige à faire des choix clairs, et aux yeux de l'opinion publique.

La question centrale reste celle des conditions de majorité.

b) Des conditions de majorité efficaces, mais une portée incertaine

Si le Comité se prononce de manière très claire sur les conditions de majorité applicables à la procédure de contrôle, son silence quant à la portée de l'avis démontre qu'il existe une limite à ne pas franchir, au risque de remettre en cause l'équilibre des pouvoirs en présence.

i- Une règle de majorité favorable au Parlement

La question de la majorité requise ne relève pas, selon le comité, de la Constitution. Aussi, l'alinéa 5 de l'article 13 proposé n'en fait pas mention. Il appartient donc à la loi organique de fixer cette question, et le comité fait une proposition en ce sens. En effet, selon le rapport, l'avis de la commission serait « *donné à la majorité simple* »³. Le comité ne va pas plus loin, notamment quant à préciser si cette majorité s'entend des membres composant la commission, ou simplement des suffrages exprimés. Il reste qu'en toute hypothèse, cette majorité simple apparaît plutôt favorable aux membres du Parlement, dans la mesure où elle est assez facilement susceptible d'être atteinte.

¹ Ibid., p. 18.

² Ibid.

³ Ibid., p. 18.

Certes, les phénomènes majoritaire et partisan, qui semblent assurer une majorité absolue au parti majoritaire au pouvoir, viennent quelque peu nuancer la portée de cette condition de majorité: une majorité simple en faveur du candidat proposé par le Président de la République, dans la plupart des cas, majorité exprimée par un parti favorable au Président, qui le soutient, n'apparaît pas comme un gage de compromis, notamment avec l'opposition. Mais il convient tout d'abord de ne pas écarter les hypothèses (en pratique, ayant peu de chance de se produire) de cohabitation: le Président devra composer avec une majorité qui ne le soutient pas, et qui sera plus encline à censurer ses propositions de candidats. Ici, la condition de majorité devient extrêmement favorable aux parlementaires.

Par ailleurs, et sur ce point le comité ne se prononce pas, il s'agit de savoir si cette majorité simple est une majorité d'adhésion ou d'opposition. En effet, il peut s'agir soit d'une majorité exprimée positivement, par un nombre majoritaire de votes pour, soit d'une majorité exprimée négativement, par un nombre majoritaire de non. Ce qui change est que la question posée aux parlementaires n'est pas la même: soit on leur demande s'ils approuvent le choix du Président, soit on leur demande s'ils s'opposent au choix du Président. Du point de vue arithmétique, la réalité est la même; du point de vue de la science politique, les nuances ont leur importance. Il apparaît en effet, qu'une majorité exprimée positivement donne plus de poids et d'importance au Parlement, dans la mesure où il s'agit d'un véritable choix, de l'expression d'une adhésion exprimée positivement. En revanche, une majorité d'opposition, qui conduirait à un refus du candidat proposé, conduit les parlementaires en réalité à simplement ne pas s'opposer au choix présidentiel. La majorité apparaît alors comme un défi au pouvoir exécutif, ce qui dans le cadre du système français, paraît réservé à des hypothèses exceptionnelles. Cela semble limiter les cas d'opposition uniquement aux hypothèses dans lesquelles le candidat pressenti par le chef de l'Etat apparaît manifestement incompetent, ou du moins insusceptible d'assumer les fonctions pressenties.

La condition de majorité simple, avec les nuances évoquées, apparaît ainsi favorable au Parlement. Il reste à envisager un point également central qui est celui de la portée de l'avis de la commission.

ii- Une portée incertaine de l'avis émis

Malgré son importance, ce point n'appelle pas ici de longs développements. En effet, force est de constater que le comité ne s'est pas prononcé expressément sur la question de la portée de l'avis émis par la commission ad hoc. Il ne s'agit donc pas ici de faire œuvre interprétative, mais de remarquer que c'est ici toute l'utilité et l'effectivité du processus qui est

conditionnée. Il serait loisible de penser que, eu égard au rôle effectif que le comité entend donner au Parlement, le comité penche en faveur d'un avis conforme, qui lierait le Président. Dans le même temps, et dans une perspective d'équilibre, il est envisageable de penser que la condition de majorité simple, extrêmement favorable au Parlement, trouve, dans l'idée du comité, son pendant dans le caractère simple de l'avis.

Il ne s'agit ici que de supputations; l'essentiel est bien de remarquer que le comité ne s'est pas prononcé, dans son rapport, sur cette question, ce qui semble préjudiciable à l'ensemble de la procédure. En revanche, le Président Schrameck, membre du « Comité Balladur », a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Il indiquait alors: « *juridiquement, c'est un avis simple* »¹. Il s'agit ici d'une « explication de texte », faite par une personne directement concernée par le rapport du comité, et donc très utile pour la compréhension dudit rapport, sans pour autant que cela ne remette en cause l'incertitude laissée par le texte lui-même.

Au-delà de cette question, le « Comité Balladur » a ainsi proposé une procédure complète, qui laisse semble-t-il une marge de manœuvre importante au Parlement. Mais le comité n'est qu'un expert technique, chargé de réfléchir à des propositions. La réalité de la réforme appartient au constituant.

§2 – La proposition à l'épreuve du constituant : entre continuité et divergences

Le travail d'expertise et de proposition menée par le « Comité Balladur » ne saurait s'analyser comme l'aboutissement de la réforme. En effet, le pouvoir constituant appartenant concurremment, en France, soit au Parlement réuni en Congrès, soit au peuple consulté par référendum², il est évident que ce travail du comité n'a de sens que s'il est mis en perspective avec le résultat qu'en a tiré le constituant. Ce dernier, inspiré par les travaux du comité, a donc adopté une importante réforme de la Constitution et plus particulièrement de son article 13, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008³.

Le constituant a ainsi inséré un nouvel alinéa à l'article 13 de la Constitution, ainsi rédigé: « *Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés*

¹ MAZEAUD (P) et SCHRAMECK (O), « Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDJ* n° 1, 2008, p. 21.

² Article 89 C.

³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*, JORF du 24 juillet 2008, p. 11890.

au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés »¹. Cet alinéa diffère sensiblement de la proposition faite par le comité Balladur, et son analyse peut se fonder sur deux éléments classiques: son champ d'application, ainsi que la procédure prévue.

Car si le champ d'application de l'alinéa 5 de l'article 13, tel qu'adopté par le constituant, se révèle, à l'analyse, très favorable au législateur organique (A), il n'en demeure pas moins que la procédure adoptée, qui figure dans ses principes dans le texte constitutionnel, semble, elle, beaucoup moins favorable et apparaît comme un véritable « verrouillage » constitutionnel (B).

A) Un champ d'application favorable au législateur organique, élément de continuité

Dans le projet de loi constitutionnelle initialement déposé par le gouvernement, le champ d'application de la procédure de l'alinéa 5 était ainsi rédigé: « *Une loi organique détermine les emplois, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation [...]* ». Il convient de remarquer ici que le texte renvoie donc au législateur organique le soin de préciser les emplois concernés, ce qui apparaît très favorable au Parlement. Deux exceptions sont toutefois prévues à cette compétence du législateur organique, et contenues dans deux autres articles de la Constitution : les membres du Conseil constitutionnel² et le futur Défenseur des droits³, dont la nomination relève de l'article 13, alinéa 5. Pour ces nominations, l'application de la procédure d'avis relève donc de la Constitution, et non de la loi organique.

S'agissant des autres nominations concernées, le texte a été modifié, dès la première lecture devant l'Assemblée nationale, et apparaît alors, en plus de la notion d' « *emplois* », la

¹ Article 5 de la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, précitée.

² Article 56 C., alinéa 1^{er}.

³ Article 71-1 C., alinéa 4.

notion de « *fonctions* »: la procédure concernera « *les emplois ou fonctions* ». Le constituant s'est donc attaché à définir le champ d'application de la procédure de contrôle de manière « organique », mais également de manière matérielle. Les modifications apportées à la proposition du comité peuvent être appréciées à l'aune de cette distinction.

1- Un champ d'application « organique » précisé

Il s'agit ici de constater qu'une distinction est faite entre la notion d'« *emplois* » et celle de « *fonctions* », distinction qui n'était faite ni par le « Comité Balladur », ni par le gouvernement dans le projet initial. L'amendement¹ est issu du Président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, le député et rapporteur du projet Jean-Luc Warsmann. Selon l'exposé de cet amendement, la procédure a pour but de viser les nominations des Présidents de certaines Autorités administratives indépendantes et de certaines entreprises publiques; or, comme le constate le Président Warsmann, « *certaines de ces nominations ne sont pas des nominations à des emplois mais à des fonctions* ». Ainsi, à la lecture de ces propos, il est loisible de constater que l'ajout de la notion de « *fonctions* » n'a pas pour objet d'élargir le champ d'application de la procédure, mais simplement d'avoir une définition étymologiquement et juridiquement plus exacte.

Cette précision a toutefois une utilité juridique, dans la mesure où la notion d'« *emplois* », entendue strictement, aurait permis d'exclure de la procédure envisagée un certain nombre de nominations. Car certes, les déclarations du gouvernement correspondaient avec les nominations évoquées par le Président Warsmann; mais il ne s'agissait que de déclarations. Aussi, la sagesse du constituant a conduit à cette précision organique, qui va dans le sens d'une plus grande marge de manœuvre du législateur organique, à qui il incombera de définir la liste des « *emplois et fonctions* » concernés. C'est d'ailleurs dans cette optique que le Président Warsmann indiquait que « *l'amendement apporte de ce fait au législateur organique un ancrage plus large pour établir la liste des nominations* ». La précision a donc son importance textuelle.

¹ Il s'agit de l'amendement n° 44 déposé sur le projet de loi constitutionnelle.

2- Un champ d'application « matériel » élargi

Force est de constater que la divergence avec la proposition du « Comité Balladur » est ici, du moins textuellement, plus importante. En effet, là où le comité incluait, dans la procédure, les emplois eu égard « à l'importance qu'ils revêtent pour la protection des libertés, la régulation des activités économiques ou le fonctionnement des services publics », le constituant y inclut les emplois ou fonctions eu égard à « leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation ». Il convient tout d'abord de remarquer que sur cette définition, le gouvernement et le constituant sont apparus d'accord, dans la mesure où le texte n'a fait l'objet d'aucun amendement adopté.

La divergence est évidente en revanche avec le « Comité Balladur ». Le champ d'application matériel n'est désormais défini que par deux propositions, « *garantie des droits et libertés* » et « *vie économique et sociale de la nation* », même si l'analyse semble révéler un champ d'application en définitive plus large.

a) De la « protection des libertés » à la « garantie des droits et libertés », une précision utile sans portée majeure

i-De la « protection » à la « garantie », termes différents, réalités semblables

C'est tout d'abord le terme de « *garantie* » qui a été préféré à celui de « *protection* ». Cette modification n'est-elle que terminologique ou révèle-t-elle un changement plus profond ? La définition de la « *protection* » donnée par un dictionnaire classique est la suivante : « *l'action, le fait de protéger, de défendre quelqu'un ou quelque chose* »¹. Le terme est alors synonyme de « *garantie* », selon le même dictionnaire. Or si l'on prend la définition de « *garantie* » toujours dans ce dictionnaire, elle apparaît comme suit : « *obligation d'assurer à quelqu'un la jouissance d'une chose, d'un droit ou de le protéger contre un dommage éventuel ; responsabilité résultant de cette obligation* ». La définition est donc sensiblement différente et renvoie davantage à une réalité juridique : les termes « *obligation* », « *jouissance* », « *droit* », « *dommage* », « *responsabilité* » renvoient à des réalités juridiques connues. Par ailleurs, l'idée de garantie renvoie, c'est la seconde partie de la définition, outre à une action, à un mécanisme de protection, qui est celui de la responsabilité. Le terme de « *garantie* » apparaît donc dans le vocabulaire commun comme davantage juridique.

¹ REY-DEBOVE (J) et REY (A), ss la direction de, *Le Petit Robert*, Dictionnaires le Robert, 2004.

Si l'on prend un dictionnaire juridique¹, la « *protection* » se définit comme une « *précaution qui, répondant au besoin de celui ou de celle qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels ; désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi [...]* ». Il s'agit donc ici d'un mécanisme de prévention d'un risque, qui apparaît comme un « *devoir* » pour le protecteur : on retrouve ici l'idée d'une responsabilité en cas de défaillance de la prévention, qui était associée dans le vocabulaire commun à la définition de la seule « *garantie* ». La protection doit également s'entendre comme ayant un caractère « *systémique* », dans la mesure où elle renvoie à l'ensemble des procédés et règles qui visent à la protection. Le terme de « *garantie des droits* »² est lui défini, toujours dans le même dictionnaire, comme l'« *ensemble des dispositions et procédés, quelquefois contenus dans une rubrique spéciale de la Constitution écrite, qui tendent à empêcher, par des interdictions ou d'une manière générale par un système quelconque de limitation du pouvoir, la violation des droits de l'Homme par les gouvernants* ». On retrouve ici l'idée d'une action préventive, d'empêchement, d'un risque – « *la violation des droits de l'Homme* », ainsi que le caractère « *systémique* » expressément évoqué dans la définition.

Les deux termes renvoient donc en définitive à des réalités assez semblables, même si dans le sens commun, le terme de « *garantie* » apparaît plus juridique. Son utilisation est donc sans doute une bonne chose.

ii- La garantie des « libertés » et des « droits », deux notions liées

La notion de « *libertés* » s'est vue adjoindre celle de « *droits* ». Il s'agit véritablement ici d'une adjonction, dans la mesure où les deux termes ne renvoient pas, a priori, à la même réalité. La notion de « *libertés* », utilisée ici au pluriel, renvoie au concept de liberté, au sens général du terme, que l'on peut définir comme « *la possibilité, assurée par les lois ou le système politique et social, d'agir comme on l'entend, sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui ou à la sécurité publique* »³. Cette liberté va se réaliser en plusieurs composantes, dont la liberté d'opinion, liberté d'aller et de venir, liberté syndicale, etc... En revanche, la notion de « *droits* », là aussi utilisée au pluriel, peut se définir comme la « *faculté d'accomplir une action, de jouir d'une chose, d'y prétendre, de l'exiger* ». Certains auteurs

¹ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Quadrige-PUF, 8^{ème} éd., 2007.

² La définition de « *garantie des droits* » apparaissait plus pertinente en l'espèce, le terme de « *garantie* » étant défini, dans l'ouvrage précité, dans une conception purement réparatrice et civiliste.

³ *Dictionnaire Hachette encyclopédique*, Hachette, 2003.

ont donc vu dans l'ajout de cette notion de « *droits* », une possibilité d'extension du champ d'application du contrôle parlementaire, parfois regrettée : « *Le comité Balladur était plus prudent en retenant seulement l'importance « pour la protection des libertés », ce qui, compte tenu de la prolifération incontrôlée des « droits à », aurait permis de mieux canaliser la liste* »¹.

Cependant, il convient de remarquer que les deux notions sont liées, et cela apparaît clairement dans la définition de la liberté, présentée comme s'exerçant dans la limite des droits d'autrui. Cela est encore plus évident à la lecture de la définition donnée par le *Lexique des termes juridiques*² de la notion de « *libertés publiques* » : « *Droits de l'Homme reconnus, définis et protégés juridiquement* ». L'ouvrage en donne trois catégories : les « *droits individuels* », les « *droits politiques* », et les « *droits sociaux et économiques* ». L'objet ici n'est pas de s'interroger sur la pertinence de ces définitions, mais de mettre en exergue les liens, les identités qui existent entre les notions de « *libertés* » et de « *droits* ». Dès lors, si les « *libertés* » envisagées par le constituant à l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution incluent la notion de « *droits* », il est possible de s'interroger sur la pertinence d'un tel ajout.

Quelle que soit la réalité qui sera donnée à ces deux notions, réalité qui ne pourra être analysée qu'à l'expérience d'une procédure pour l'heure trop récente, force est de constater qu'en précisant que la procédure était susceptible de s'appliquer également aux emplois et fonctions importants pour la garantie des droits, le constituant n'a pas souhaité entraver la marge de manœuvre du Législateur organique, à qui il appartient de fixer la liste desdits emplois. On retrouve donc ici ce constat, qui conduit par ailleurs à s'interroger sur la suppression du renvoi à la notion de service public.

b) La « vie économique et sociale de la nation », souplesse d'une notion vague

La formule utilisée par le « Comité Balladur », si elle était déjà large, n'en renvoyait pas moins à une réalité précise : l'objet de « *régulation des activités économiques* » et le « *fonctionnement des services publics* ». Ces deux matières sont globalement susceptibles d'une définition précise, encore que la notion de service public demeure contingente et évolutive.

¹ LE POURHIET (A-M), « L'article 4 », *LPA* n° 97, 14 mai 2008.

² GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), ss la direction de, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005, p. 378.

Aussi, le projet de loi constitutionnelle, adopté par le constituant en termes identiques, a préféré la notion de « *vie économique et sociale de la nation* ». La formule paraît ici plus large. En effet, il n'est plus fait référence à l'activité de « *régulation* » de la vie économique, ni à celle de « *fonctionnement des services publics* ». S'agissant de cette dernière formule, il convient de remarquer qu'elle avait le mérite de renvoyer à une réalité bien établie, alors que le concept de « *vie sociale de la nation* » reste ambigu. La question est de savoir si ce concept englobe la référence au service public. Là encore, seule l'expérience permettra d'analyser l'utilisation qui est faite des concepts de l'alinéa 5 de l'article 13. Il est possible de faire l'hypothèse que l'adjectif « *sociale* » renvoie moins ici à l'idée d'aide apportée aux catégories défavorisées de la population, ce qui limiterait le champ d'application de la procédure, qu'à l'idée de l'ensemble des activités exercées au nom de l'intérêt général et de la vie en société. Dès lors, le concept de « *vie sociale* » utilisé ici, englobe celui de service public, et va même au-delà, si l'on tient compte du fait que la notion d'intérêt général est plus large que celle de service public.

Le constituant s'est donc montré très favorable envers le législateur organique, en définissant un champ d'application qui reste l'objet d'une interprétation très incertaine et souple. En revanche, la marge de manœuvre laissée par le constituant s'agissant de la procédure d'avis apparaît très restreinte, et en totale divergence avec celle proposée par le « Comité Balladur ».

B) La procédure adoptée, le « verrouillage » constitutionnel

Ce « verrouillage » se fait selon deux aspects : tout d'abord par le fait que la procédure est directement prévue par le texte constitutionnel lui-même, mais également par le fait qu'elle diffère dans une très large mesure avec celle proposée par le comité.

1- Le choix d'une procédure constitutionnelle, élément de rationalisation

Le « Comité Balladur » n'avait pas souhaité que des éléments de procédure apparaissent dans le texte constitutionnel, et renvoyait à une loi organique. Cela pouvait être analysé comme favorable au Parlement (cf supra). Le constituant n'a pas véritablement poursuivi dans cette voie, puisque l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution, fait apparaître des éléments de procédure, ainsi rédigés : « [...] *le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque*

assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés ».

La procédure est donc très largement organisée par le texte constitutionnel lui-même, ce qui ne donne pas de marge de manœuvre au législateur organique. Le texte n'est bien entendu pas figé dans le marbre, mais sa révision est plus contraignante que celle d'une loi organique. Le Parlement perd ainsi sa compétence, ce qui apparaît comme un élément de rationalisation important. Cela est sans doute à rapprocher de la définition très large donnée du champ d'application de la procédure. Cette limitation constitutionnelle apparaîtrait ainsi comme un contrepoids à la compétence donnée au législateur organique pour déterminer les emplois concernés.

Cette procédure fixée par la Constitution n'est pas la seule divergence qui apparaît avec la proposition faite par le « Comité Balladur ».

2-Les divergences procédurales

Avant d'examiner les éléments de divergence, il convient de remarquer qu'il existe tout de même une similitude avec la proposition du comité : le caractère public de l'avis, qui est expressément mentionné dans le texte constitutionnel. En revanche, les divergences sont nombreuses.

a) Le choix des commissions parlementaires permanentes

Le projet initialement déposé par le gouvernement prévoyait la compétence « *d'une commission constituée de membres des deux assemblées* », la composition étant renvoyée à la loi organique. Le gouvernement se rapprochait ainsi de la proposition du comité, qui proposait lui une commission créée spécialement à cet effet. Le Parlement a largement modifié ce choix initial, modification qui revêt deux aspects : un aspect politique et un aspect plus pratique.

i-Un choix politique : un Sénat soucieux de ses prérogatives

La création d'une commission a, dès la première lecture par l'Assemblée nationale, été rejetée, au profit de la compétence des commissions permanentes des assemblées pour auditionner les candidats. Selon le Président Warsmann, il s'agissait de la solution la seule à même de répondre à trois exigences : assurer « *plus aisément* » la représentation des groupes

politiques ; tenir compte des auditions déjà en place pour la nomination au sein de certaines Autorités administratives indépendantes (cf supra) ; et enfin tenir compte des exemples étrangers, notamment américain¹. Mais en première lecture, l'Assemblée nationale proposait une « *réunion des deux commissions permanentes compétentes de chaque assemblée* ».

Cela a été modifié par le Sénat en première lecture. Celui-ci a tout d'abord admis la nécessité de faire intervenir les commissions permanentes. En revanche, il s'est opposé à une « *réunion* » des deux commissions, au nom d'arguments uniquement politiques. En effet, la lecture du rapport du Sénateur Hiest est sur ce point édifiante. Il pose la question : « *Dans un tel système, les sénateurs seraient-ils vraiment en mesure de peser sur le sens de l'avis rendu ?* »². Poser la question, c'est ici y répondre. Le rapporteur notait les écarts numériques de taille existants entre les commissions du Sénat et celles de l'Assemblée nationale, au profit de cette dernière. C'est donc au nom du bicaméralisme égalitaire, et de la préservation des prérogatives du Sénat, que celui-ci s'est opposé à cette « *réunion* ». Le rapporteur indiquait ainsi que « *dans le système bicaméral qui est le nôtre, il est juste que chaque assemblée puisse faire entendre sa voix* ». Le Sénat modifiait ainsi le texte, en prévoyant la réunion « *d'une commission mixte paritaire issue des commissions permanentes compétentes de chaque assemblée* ». Cela permettait ainsi d'assurer une représentation strictement égale entre sénateurs et députés.

L'Assemblée nationale, par le biais de son rapporteur, s'est montrée à la fois consciente des enjeux avancés par le Sénat, mais également assez critique vis-à-vis de la Chambre Haute. Le Président Warsmann notait ainsi : « *si cet objectif peut être compris, notamment lorsque l'on considère qu'il est poursuivi par le Sénat, il ne semble toutefois pas pouvoir être justifié. En effet, à plusieurs égards, le constituant n'a pas donné à l'Assemblée nationale et au Sénat un pouvoir identique* »³. Après avoir élégamment rappelé au Sénat le caractère inégalitaire du bicaméralisme français, le rapporteur proposait une voie médiane, en prévoyant que l'avis serait rendu par chaque commission séparément, ce qui permet de préserver l'équilibre des chambres. En revanche, le calcul de la majorité se ferait en additionnant les votes des deux commissions, ce qui permet de préserver l'unité de l'avis. Le

¹ WARSMANN (J-L), « *Rapport n° 892 sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République* », Assemblée Nationale, 15 mai 2008.

² Hiest (J-J), « *Rapport n° 387 sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'assemblée nationale, de modernisation des institutions de la V^e République* », Sénat, 11 juin 2008.

³ WARSMANN (J-L), « *Rapport n° 1009 sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par le sénat (n° 993), de modernisation des institutions de la V^e République* », Assemblée Nationale, 2 juillet 2008.

Sénat a approuvé ce choix en seconde lecture, et c'est le texte qui a été voté par le Congrès, le 21 juillet 2008.

ii-Un choix pratique : la spécialisation

Au regard de la définition très large du champ d'application de la procédure de contrôle, il est évident qu'elle est susceptible de concerner des domaines très variés. Il est impossible de demander aux parlementaires d'être spécialistes dans tous les domaines. C'est d'ailleurs ce qui justifie l'existence des commissions permanentes. Or, il est également évident qu'une audition n'a de sens que si elle offre une concordance certaine entre les compétences des personnes qui auditionnent et celles de la personne auditionnée. Ce souci de compétence était présent à l'esprit des parlementaires lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle, et apparaît dans les rapports parlementaires. Le rapporteur Hiest s'était ainsi interrogé sur le fait qu'une « *même nomination est susceptible d'intéresser plusieurs des commissions permanentes* »¹. Il proposait ainsi la réunion d'une commission mixte paritaire, qui permettait d'assurer une représentation de tous les domaines. Comme cela a été vu, cette proposition a été rejetée (cf supra), et c'est le choix des commissions permanentes qui a été fait.

Le constituant a donc, en se portant sur la compétence des commissions permanentes, fait le choix de la spécialisation, ce qui semble aller dans le sens d'une appréciation des mérites et capacités du candidat : celui-ci sera entendu par des commissions compétentes dans la matière concernée, et qui pourront lui poser les questions en rapport avec son domaine. Par ailleurs, il semble que la question du rapporteur Hiest, sur la multiplicité des domaines qu'une même nomination peut recouvrir, soit largement réglée par l'étendue des domaines de chaque commission permanente, eu égard à leur nombre restreint.

b) Le choix d'une majorité qualifiée

C'est sans doute ici la divergence la plus importante avec ce qui était proposé par le « comité Balladur ». En effet, ce dernier proposait une règle de majorité simple, ce qui avait pu être analysé comme assez favorable aux parlementaires (cf supra). Le constituant a, lui, fait le choix d'une majorité qualifiée des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Par ailleurs, cette majorité est une majorité négative, et c'est une majorité « cumulée ». C'est une majorité négative, dans la mesure où seule une majorité des trois cinquièmes de « non » pourra faire

¹ HYEST (J-J), « *Rapport n° 387* », précité.

échec à la nomination. C'est par ailleurs, une majorité « cumulée », dans la mesure où cette majorité tient compte des votes des deux commissions.

Sans entrer ici dans les détails (cf infra), il convient tout de même de relever que la divergence avec le comité est ici de taille : une majorité qualifiée, qui plus est, négative, est par définition plus contraignante pour le Parlement qu'une majorité simple.

c) Le silence sur le caractère public de l'audition

Le comité s'était prononcé pour ce caractère public, au nom de la transparence. Il faut le distinguer ici du caractère public de l'avis, qui est lui retenu par le constituant. En revanche, ce dernier n'insère pas dans la Constitution le caractère public de l'audition. L'audition publique semble pourtant assez logique au regard de l'objectif de transparence affiché, et il est loisible de s'interroger sur le silence du constituant. Une opposition farouche au caractère public de l'audition ne semble pas être une explication parfaite, même s'il est vrai que ce silence fait peser le doute sur les véritables intentions du constituant.

Une explication à ce silence se trouve dans le rapport du Président Warsmann sur le projet de loi constitutionnelle¹. En effet, celui-ci considère que cette question devra être réglée par la loi organique. Il reconnaît que la publicité des auditions « *s'inscrirait dans la démarche actuelle* », c'est-à-dire dans une démarche de transparence. Mais il soulève l'argument selon lequel la publicité des auditions aux Etats-Unis est une conquête « tardive » : 1916, pour les membres de la Cour Suprême. Le rapporteur se montrait donc très réservé, et estimait que dans tous les cas, des exceptions au principe de publicité devraient, le cas échéant, être prévues. Force est de constater que ce silence du constituant a fait l'objet d'un consensus, dans la mesure où les rapports du Sénat, et de l'Assemblée nationale en seconde lecture, ne font aucune allusion à la question. C'est donc le législateur organique qui devra se prononcer.

Ce choix du renvoi à la loi organique est sans doute ici discutable, dans la mesure où la publicité de l'audition semble être une garantie majeure de la procédure, et un moyen évident de la transparence. Des exceptions pouvaient, de plus, parfaitement être prévues dans le texte constitutionnel, par le biais d'un renvoi à une loi organique, qui aurait eu là toute sa justification. La consécration du principe de publicité, dans le texte constitutionnel, apparaissait comme un signal fort, même un symbole, et il est possible de regretter la timidité du constituant sur ce point.

¹ WARSMANN (J-L), « *Rapport n° 892* », précité.

La réforme introduite en 2008 dans la Constitution est donc le fruit d'une lente évolution, d'un mouvement de fond qui a irrigué la sphère juridique et politique : la volonté de transparence. Le Parlement est par définition le lieu où culmine cette transparence. Car cette volonté est d'abord un souhait des citoyens à l'égard de l'Administration. Or, les parlementaires représentent les citoyens : ils sont donc les premiers « bénéficiaires » de l'objectif de transparence. Les initiatives évoquées, mises en place au sein des commissions, et qui visaient à auditionner le candidat que le chef de l'Etat se proposait de nommer à certains postes, allaient ainsi dans ce sens.

Le déclenchement d'une « généralisation », en tous cas d'une extension, de cette procédure, trouve son point de contact indéniablement dans le contexte de la campagne présidentielle de 2007. La période électorale a permis de mettre en exergue des prises de position, dont l'issue a été tranchée par les urnes.

Les travaux, d'abord de propositions du « Comité Balladur », puis de traduction juridique de la volonté politique par le constituant, ont démontré les nombreux enjeux qui se trouvent derrière cette réforme. Les divergences entre le travail de celui qui propose et de celui qui décide sont apparues importantes, trop importantes diront certains. Mais les enjeux ne sont sans doute pas les mêmes, et les paramètres du politique sont parfois bien différents de ceux de l'expert, sans qu'il soit ici question de les juger. Ainsi, si l'exclamation du Professeur Vidal-Naquet, qui écrivait : « *Quelle décalage entre les ambitions de la révision constitutionnelles, révision sur mesure voulue par le Président de la République, et l'annonce d'un Président « encadré » par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008* »¹, est justifiée, elle trouve sans doute son explication dans ces éléments.

La réforme a été votée ; la procédure existe avec les souplesses mais aussi les points de rigueur qui ont été analysés. Il reste que, pour être mise en œuvre, un certain nombre de textes d'application doivent être adoptés : une loi organique, qui précisera les modalités de la procédure d'avis parlementaire, ainsi qu'une loi, qui devra définir, pour chaque emploi, la commission permanente compétente pour se prononcer. Le vote du texte constitutionnel n'était donc pas un aboutissement en soi, et une grande partie de la réforme est laissée à l'appréciation du Parlement. Il semble en réalité que la portée de la réforme ne puisse s'apprécier qu'à l'analyse de ces textes d'application. Car le pouvoir du Parlement est ici considérable, et lui appartient de ne pas dénaturer le pas franchi par le constituant que

¹ VIDAL-NAQUET (A), « Un Président de la République plus « encadré » », *JCPG*, n° 31-35, 30 juillet 2008, p. 28.

représente l'adoption d'une procédure de contrôle du pouvoir de nomination du Président de la République.

TITRE 2 - UNE RÉFORME CENTRALE CONDITIONNÉE PAR LA PRATIQUE

Compte tenu des éléments rappelés en première partie, il est évident que l'introduction, dans la Constitution française, d'un pouvoir de contrôle reconnu au Parlement sur certaines nominations présidentielles, apparaît comme une réforme majeure correspondant aux aspirations contemporaines. Aussi, il est possible de relever le quasi consensus existant sur le fait que cette réforme introduit une procédure de contrôle qu'il convient d'analyser comme une avancée incontestable (**CHAPITRE 1**).

Toutefois, force est de constater que le constituant a souhaité maintenir un certain équilibre entre les compétences nouvelles du Parlement, et les compétences du Président de la République. Aussi, il convient d'interroger la portée réelle de l'introduction de cette procédure de contrôle, dans la mesure où apparaissent un certain nombre de limites, qui en réalité font dépendre très largement cette portée de la pratique (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1 – L’INTERVENTION DES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES, UNE AVANCÉE INCONTESTABLE

Il est loisible de relever l’existence d’un consensus assez large quant au bénéfice d’une intervention du Parlement en matière de nominations présidentielles : le principe même de cette intervention est salué par la grande majorité des observateurs et de la doctrine¹. Il ne fait en revanche nul doute que l’analyse des modalités d’application du principe sera beaucoup moins consensuelle. Car ces modalités ne manqueront de soulever un certain nombre de difficultés.

L’alinéa 5 de l’article 13 de la Constitution pose le principe selon lequel les commissions parlementaires donnent un avis sur le candidat pressenti à une nomination par le Président de la République. Le texte précise par ailleurs que cet avis est public. Au-delà de ces précisions succinctes, rien n’est dit sur les modalités procédurales. La procédure a donc été fixée par le législateur organique et par le législateur ordinaire, et force est de constater que le Parlement a, sur ces questions, joué un rôle essentiel. Les projets initiaux déposés par le gouvernement se contentaient en effet d’appliquer la lettre de la Constitution, le projet de loi organique ne fixant que la liste des emplois concernés par la procédure, et le projet de loi se contentant de fixer les commissions compétentes pour chaque nomination. Les textes ont été amendés par l’Assemblée nationale et le Sénat, qui y ont fait figurer des éléments procéduraux importants. La procédure relèvera donc à la fois de la loi organique et de la loi ordinaire, ce qui en terme de clarté n’est sans doute pas très efficient. Ces questions de procédure sont importantes, dans la mesure où elles conditionnent très largement le fond : « *La procédure, ennemi juré de l’arbitraire, est la sœur jumelle de la liberté* »². Le Parlement a donc exercé sa compétence pour fixer un certain nombre de principes, qu’il estime devoir être communs aux deux assemblées. C’est sur un des points de procédure que le désaccord s’est cristallisé entre l’Assemblée nationale et le Sénat, ce qui démontre l’importance de ces questions pour la réussite de la réforme.

Quels sont ainsi les principes qui ont guidé les parlementaires dans l’établissement de cette procédure ? Car si le maître-mot du législateur, s’agissant de la procédure précédant le

¹ Il est possible de noter ici l’opposition de principe à cette procédure exprimée par le Président Pierre Mazeaud. Voir sur ce point : MAZEAUD (P) et SCHRAMECK (O), « Rapport de la Commission Ballardur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDV* n° 1, 2008, p. 19.

² IHERING (R), *L’esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, 1880.

vote, semble être la transparence (**SECTION 1**), c'est sans aucun doute la préservation de l'unité procédurale qui a retenu l'attention des parlementaires s'agissant des modalités du scrutin (**SECTION 2**).

SECTION 1- La procédure avant le vote, le choix de la transparence

S'agissant du contrôle des nominations présidentielles, la transparence apparaît comme un véritable *leitmotiv*. Elle est un des objectifs de la réforme, puisqu'elle permet à la fois au Parlement, et par son intermédiaire au peuple, de s'assurer, si ce n'est de contrôler, que ces nominations se font selon des critères de compétences. Il s'agit de lever le doute sur des nominations qui apparaissaient pour certaines comme le « *fait du Prince* ».

S'il s'agit d'un objectif, il nécessitait de se traduire dans la procédure de contrôle, et il convient de remarquer que c'est un objectif transversal, qui a irrigué l'ensemble de la réforme. Simplement, l'objectif de transparence a été particulièrement présent au moment de la fixation des modalités procédurales qui précèdent le vote des commissions, notamment parce qu'il donne une place essentielle à la question de la publicité des auditions.

Ici, la compétence appartient au législateur ordinaire, qui s'est attaché à définir deux éléments importants de la procédure : les commissions permanentes compétentes pour chaque nomination, dans un objectif d'adéquation des compétences (§1), mais également le principe de l'audition publique du candidat, qui apparaît comme un élément nécessaire de la transparence (§2).

§1- La définition des commissions compétentes, l'adéquation des compétences en question

Il s'agit là d'un élément important de la réforme, dans la mesure où il conditionne son efficacité. En effet, cela a été vu, en choisissant la compétence des commissions permanentes, le constituant a fait le choix de la spécialisation, ce qui permet d'avoir une adéquation entre le domaine concerné par la nomination et le domaine de compétence de la commission désignée. Le législateur s'est donc attaché, sur le fondement de l'article 13, alinéa 5 de la Constitution, à déterminer, pour chaque nomination, la commission compétente pour se prononcer. Les choix opérés ont été guidés par deux éléments : l'existence de divergences dans l'intitulé des

commissions entre les deux assemblées, mais également la transversalité de certaines nominations (A). Le résultat constaté est celui de l'impossibilité pour le législateur de dépasser, en l'état du droit, les divergences entre les chambres (B), des divergences qui posent la question du périmètre des commissions, dans le sens d'une unification entre les chambres.

A) Les principes directeurs pour une procédure transparente

Dans un souci de clarté et de transparence, il appartenait au législateur de définir les commissions compétentes, compétence qui ne saurait relever du règlement de chaque assemblée. Ce faisant, deux principes devaient guider le législateur : dépasser les divergences entre les chambres tout en respectant leur autonomie, mais également palier à la transversalité de certaines nominations.

1- Dépasser les divergences entre assemblées en préservant leur autonomie

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a porté à huit le nombre maximum de commissions permanentes au sein des deux assemblées¹. L'Assemblée nationale a mis en œuvre cette réforme, puisqu'elle dispose de huit commissions permanentes², mais le Sénat a maintenu le nombre de ses commissions à six³. Des lors, la désignation des commissions par leur intitulé aurait conduit à une lourdeur excessive du texte : le législateur a donc fait le choix d'une définition matérielle pour déterminer les commissions compétentes.

a) Les divergences entre assemblées

Il ne s'agit pas ici d'analyser les différents choix faits par les assemblées s'agissant de leurs commissions permanentes, ce qui n'est pas l'objet de l'étude. La question peut donc être traitée rapidement.

¹ Article 43 C.

² Commission de la défense nationale et des forces armées ; commission des affaires étrangères ; commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire ; commissions des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ; commissions des affaires culturelles et de l'éducation ; commission des affaires économiques ; commission du développement durable et de l'aménagement du territoire ; commission des affaires sociales.

³ Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées ; commission des affaires sociales ; commission de la culture, de l'éducation et de la communication ; commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire ; commission des finances ; commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale.

Du fait de la divergence numérique des commissions entre les assemblées, si certains intitulés sont identiques, tels que la commission des affaires sociales, les divergences sont évidentes. Par exemple, le Sénat regroupe les affaires étrangères avec la défense nationale et les forces armées, alors que l'Assemblée nationale distingue les deux domaines. La même remarque vaut pour l'économie, qui est adjointe au développement durable et à l'aménagement du territoire au Sénat, là où l'Assemblée nationale fait une distinction.

Relever ces divergences est un constat simple, et le législateur n'a pas considéré qu'il relève de son office le soin d'uniformiser les différentes commissions, ce qui relève de l'autonomie de chaque assemblée. Pour autant, le dépassement de ces divergences n'a pas posé de problème, et a nécessité une définition matérielle de l'intervention de chaque commission.

b) Une intervention des commissions définie « matériellement »

Il s'agissait ici d'un choix de « bon sens » qui visait à remédier aux divergences entre les différentes commissions des assemblées. Le législateur ne pouvait en effet définir de manière « organique », c'est-à-dire par leur intitulé, les commissions compétentes pour chaque nomination. Plus exactement, il aurait pu le faire, mais en distinguant à chaque fois la commission compétente au Sénat et à l'Assemblée nationale, ce qui alourdissait considérablement le texte.

Les parlementaires ont donc choisi de définir les commissions au regard de leur domaine, ce qui laisse ainsi une marge de manœuvre à chaque assemblée. Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples, la commission compétente pour se prononcer sur la nomination du Président de Radio-France est la commission compétente en matière d'affaires culturelles ; celle pour se prononcer sur la nomination du Président-Directeur général d'Electricité de France, la commission en matière d'énergie... Cette définition « matérielle » a le mérite d'être simple et efficace, tout en laissant une marge de manœuvre importante aux chambres.

2- Des choix guidés par la transversalité des nominations

Si pour certaines nominations, le domaine ne posait pas de problème, d'autres se sont avérées plus délicates, dans la mesure où la transversalité des domaines concernés était susceptible de justifier la compétence de plusieurs commissions. Il s'agit donc véritablement de « choix » qui ont été faits par le législateur, et qui sont révélateurs de la vision qu'il se fait

de certains organismes. Ainsi comme le relève le rapporteur des textes à l'Assemblée nationale¹, la nomination du Président du Haut conseil des biotechnologies peut être envisagée sous l'angle de l'environnement, donc de la compétence de la commission compétente en matière de développement durable, mais également sous l'angle de l'agriculture, domaine qui relève, à l'Assemblée nationale, de la commission des affaires économiques. Le législateur a finalement privilégié l'approche environnementaliste.

Le Parlement a ainsi modifié un certain nombre d'attributions qui étaient faites par le projet de loi initial. Ce faisant, il a démontré une vision très « compartimentée » des différents domaines, mais cette méthode était nécessaire du fait de l'existence de commissions elles-mêmes spécialisées. Deux domaines principaux, qui ont soulevé des discussions, peuvent être relevés : l'environnement et la recherche.

a) Le domaine de l'environnement, le choix d'une vision restrictive

Il ne s'agit pas ici de critiquer la position du législateur, mais simplement de remarquer que le domaine de l'environnement est susceptible d'une définition très large, qui engloberait toutes les activités ayant un impact environnemental. Le législateur a donc fait des choix, que l'on peut qualifier de « politiques », et qui reposent sur une sorte de « balance » faite entre les différentes activités des organismes considérés. Le domaine de l'environnement s'est ainsi « opposé » avec celui de l'énergie.

Il en va ainsi de l'avis sur la nomination du Président de l'Autorité de sûreté nucléaire, qui était initialement de la compétence de la commission compétente en matière d'environnement. L'Assemblée nationale a souhaité en première lecture confier cette compétence à la commission compétente en matière d'énergie, au motif que cette autorité a un rôle essentiellement de contrôle du respect de la législation en matière de sécurité des installations, de construction et de gestion de celles-ci. Cela a été très critiqué notamment par l'opposition, qui a mis en avant le rôle d'information du public confié à cet organisme, ainsi que son association à la gestion des situations d'urgence pouvant avoir un impact sur l'environnement². Le Président de la commission des affaires économiques, M. le député Patrick Ollier, a plaidé pour « sa » compétence, en affirmant que les compétences de l'Autorité de sûreté nucléaire « *en matière de contrôle de la filière l'emportent sur les*

¹ DE LA VERPILLIERE (C), « Rapport n° 1922 et 1923 sur le projet de loi organique (N° 1706) et le projet de loi (N° 1708) relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », Assemblée Nationale, 16 septembre 2009.

² Voir les interventions de Mme Aurélie Filipetti, Assemblée nationale, séance publique du 29 septembre 2009.

autres »¹. C'est donc bien le principe de la « balance » qui a ici guidé le législateur. Le domaine nucléaire est un domaine sensible, qui est au cœur des discussions environnementales.

Il ne faut toutefois pas voir ici une condamnation par le législateur de l'impact environnemental de la filière nucléaire. En effet, le rapporteur a, par exemple, refusé, comme cela lui était proposé, de confier la compétence pour se prononcer sur la nomination du Directeur général de l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs à la commission compétente en matière d'énergie, et non à la commission compétente en matière d'environnement, comme cela était initialement prévu. Le rapporteur, faisant preuve d'un très grand réalisme, a considéré que cet organisme avait une forte implication environnementale, confirmée par le fait que les règles le concernant étaient contenues dans le Code de l'environnement.

Le domaine de la recherche a également été l'objet d'ajustements.

b) De la « recherche » à la « recherche appliquée »

Force est de constater qu'en ce domaine, les ajustements ont été beaucoup moins discutés. Il s'agissait ici de faire une distinction entre le domaine de la recherche dite « fondamentale » et de la recherche « appliquée ». Cette distinction peut être critiquée, notamment quant à l'opportunité de distinguer entre la recherche et son application, mais en réalité les deux termes renvoient, en tous cas à l'Assemblée nationale, à deux commissions différentes : la recherche fondamentale est du ressort de la commission des affaires culturelles et de l'éducation, alors que la recherche appliquée relève de la commission des affaires économiques. C'est ici le principe de l'unité de la compétence qui a guidé le législateur, au profit de la recherche appliquée.

En effet, dans le projet de loi initial, la recherche était le domaine d'attribution pour la nomination du Président du Conseil d'administration du Centre national d'études spatiales, ainsi que pour la nomination du Président de l'Institut national de la recherche agronomique. Sur proposition du Président Ollier, l'Assemblée nationale a modifié le texte en première lecture afin de donner la compétence pour ces nominations à la commission compétente en matière de recherche appliquée. S'agissant du domaine de l'aérospatiale, le Président Ollier a indiqué qu'il relevait de la commission des affaires économiques, et donc que cette attribution lui semble « *logique* ». La question de l'Institut national de la recherche agronomique a, quant

¹ Voir l'intervention de M.Patrick Ollier, séance publique précitée.

à elle, été posée par opposition au Centre national pour la recherche scientifique, qui relève de la commission compétente en matière de recherche. La distinction semble donc ici très « artificielle ».

Le législateur a donc, sans trop de difficulté, posé des règles relativement claires en matière de compétence des commissions permanentes. Cela étant, dans la pratique, les choix effectués démontrent une impossibilité de parvenir à une répartition équilibrée entre les deux assemblées.

B) Des divergences « insurmontables », plaidant pour une unification

Le résultat obtenu par le législateur participe du constat de l'impossibilité de dépasser, en l'état du droit, les différences qui existent entre les commissions permanentes des deux chambres. Cela aboutit en effet à un déséquilibre manifeste de la répartition au sein des deux chambres, déséquilibre qui n'est pas sans conséquence sur le déroulement du contrôle.

1- Une répartition déséquilibrée entre les commissions

Ce déséquilibre est la conséquence de l'absence d'unité dans la définition du périmètre des commissions permanentes au sein des deux chambres. Il convient de relever, avant d'entrer dans le détail, que la répartition des nominations est très largement tributaire de la liste des nominations soumises à cette procédure. Celles-ci intervenant essentiellement dans les domaines de la régulation, de l'environnement et des libertés publiques, cela a une influence sur les commissions compétentes.

La répartition est ainsi différente entre les commissions du Sénat et de l'Assemblée nationale, la situation de cette dernière étant plus satisfaisante.

a) La répartition à l'Assemblée nationale, une répartition équilibrée

Le résultat obtenu est ici relativement équilibré. Au final, à l'Assemblée nationale, trois commissions « dominant » : la commission développement durable, qui est compétente pour 15 nominations ; la commission affaires économiques, compétente pour 12 nominations ; et la commission des lois constitutionnelles, compétentes pour neuf nominations. Viennent ensuite la commission affaires culturelles et éducation avec sept nominations ; la commission des finances avec six nominations ; la commission affaires sociales, avec trois nominations ;

la commission affaires étrangères avec une seule nomination. La commission défense et forces armées n'est compétente pour aucune nomination.

b) La répartition au Sénat, un déséquilibre manifeste

Du fait d'un découpage différent et plus large des commissions au Sénat, la procédure est dominée par une seule commission, la commission économie, développement durable et aménagement du territoire, qui est compétente pour 25 nominations (sur un total de 53 soumises à avis). L'écart avec la deuxième commission la « mieux » dotée est très important : il s'agit de la commission des lois constitutionnelles, compétente pour dix nominations. Vient ensuite la commission culture, éducation et communication, avec neuf nominations ; puis la commission des finances avec six nominations ; la commission affaires sociales avec deux nominations ; et enfin la commission affaires étrangères avec une nomination.

Ce déséquilibre entre les différentes commissions n'est pas sans interroger sur le bon déroulement de la procédure.

2- Les conséquences du déséquilibre sur la procédure de contrôle

C'est surtout ici la situation du Sénat qui interroge, dans la mesure où une seule commission, la commission économie, développement durable et aménagement du territoire, se trouve compétente pour se prononcer sur presque la moitié des nominations. Deux interrogations peuvent ainsi être soulevées au regard de cette situation : les difficultés d'organisation du travail parlementaire et le respect de l'adéquation des compétences.

a) Un nécessaire effort d'organisation

Les parlementaires font d'ores et déjà face à de nombreuses sollicitations, tant au sein du Parlement qu'à l'extérieur. Cela est source d'un absentéisme évident, tant en commission qu'en séance publique, ce qui est régulièrement dénoncé, même si de la réalité à la caricature il n'y a qu'un pas. L'encombrement des commissions, lié à leur nouvelle compétence, est toutefois peu probable dans la mesure où les nominations n'interviennent pas toutes au même moment. Par ailleurs, la pratique a montré une parfaite réactivité des commissions. Le Parlement a toutefois souhaité se prémunir contre un contrôle effectué dans l'urgence permanente.

i- Des nominations éparses

Le fait qu'une commission se prononce sur la moitié des nominations soumises à contrôle force donc à s'interroger sur les difficultés qui seront les siennes, en termes d'organisation. Le risque d'encombrement est évident, et l'urgence avec laquelle les parlementaires devront se prononcer est sans doute préjudiciable au contrôle effectué. Cela étant, il convient de nuancer ce risque d'encombrement, dans la mesure où les nominations n'interviennent pas toutes au même moment. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la réforme, et à l'heure où ces lignes sont écrites, ce sont 12 nominations qui ont été soumises à l'avis des commissions. Force est de constater que, réparti sur une année, ce chiffre est relativement modeste.

Par ailleurs, certaines périodes sont ainsi particulièrement propices aux nominations comme cela a été évoqué. Il appartiendra dès lors aux commissions de s'organiser pour faire face à cet afflux.

ii- Une réactivité des commissions

Les quelques auditions de candidats qui ont déjà eu lieu ont montré la réactivité des commissions pour se prononcer sur la nomination. Ainsi, par exemple, s'agissant de la nomination du Président Yves Guéna à la présidence de la commission de l'article 25 de la Constitution, le Président du Sénat a été saisi le 3 avril 2009, et la commission des lois s'est prononcée le 8 avril 2009. Les commissions devront faire face à des situations d'urgence, comme des cas de démission, qui imposent de nommer rapidement un successeur. La situation s'est présentée à la suite de la démission de M. Jean-Claude Mallet de la présidence de l'Autorité de Régulation des Communications électroniques et des Postes. Cette démission a eu lieu le 29 avril 2009, et les commissions ont rendu un avis consultatif les 6 et 7 mai 2009, sur la nomination de M. Jean-Ludovic Silicani. Par ailleurs, comme le relève le rapporteur à l'Assemblée nationale, en cas d'incapacité physique permanente ou de démission d'office d'un membre du Conseil constitutionnel, l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit qu'il doit être remplacé « *dans la huitaine* »¹.

Conscient de ces difficultés, le législateur a souhaité se prémunir contre un contrôle effectué en état d'urgence permanente, afin d'en préserver l'efficacité.

¹ Articles 10 et 11 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, *relative au Conseil constitutionnel*, JORF du 9 novembre 1958, p. 10129.

iii- Le refus d'un contrôle dans l' « urgence »

La réactivité des commissions dépend très largement de facteurs externes, et notamment de l'information qui leur sera donnée par le Président de la République. En effet, il appartiendra au Président de la République d'informer les assemblées suffisamment tôt pour qu'elles puissent se prononcer dans des délais raisonnables. Car il va de soi qu'un contrôle qui se fait dans l'urgence perd de son effectivité.

Aussi, le Sénat a-t-il souhaité, en deuxième lecture, introduire dans la loi le principe selon lequel l'audition du candidat « *ne peut avoir lieu moins de huit jours après que le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été rendu public* »¹. Les commissions pourront ainsi se prononcer dans des conditions sereines, et en ayant eu le temps de recueillir des informations sur le candidat. L'effectivité gagne donc ici par l'imposition de ce délai. Cela étant, ce délai de huit jours semble peu compatible avec l'ordonnance organique précitée sur le Conseil constitutionnel, qui impose un remplacement « *dans la huitaine* ». Des exceptions seront donc sans doute à prévoir, même si le texte promulgué n'en fait pour l'heure pas mention.

b) Les conséquences sur le principe d'adéquation des compétences

Il s'agit ici de relever que le périmètre de compétences de certaines commissions est parfois très large, ce qui pose la question de l'adéquation des compétences avec les nominations envisagées. Là encore, c'est le Sénat qui pose question, dans la mesure où, comptant deux commissions permanentes de moins que l'Assemblée nationale, le périmètre de celles-ci est naturellement plus large. Ainsi, la commission du Sénat compétente en matière d'économie, de développement durable et d'aménagement du territoire, qui est la principale visée ici, devra se prononcer sur des nominations très variées, qui vont du Président-Directeur général d'Aéroports de Paris, à l'Administrateur général du Commissariat à l'énergie atomique, en passant par le Président de la Commission nationale du débat public, ou encore le Président du Haut conseil des biotechnologies.

Ainsi, les nominations visées interviennent dans des domaines variés, remettant en partie en cause l'effectivité du contrôle, au regard de l'adéquation des compétences. Sans faire ici l'apologie de la spécialisation, la technicité des domaines imposent sans doute un périmètre plus restreint des commissions du Sénat. La question posée est donc celle d'une

¹ Article 1^{er} de la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, précitée.

augmentation du nombre de commissions au Sénat, afin de permettre une meilleure répartition des nominations, et donc un meilleur contrôle.

Le choix des commissions compétentes est donc important, à la fois pour le déroulement de la procédure, et ses conséquences sur l'organisation parlementaire, mais également sur l'effectivité du contrôle, les deux étant intimement liés. Le principe d'adéquation des compétences, prôné par le constituant, est cependant soumis très largement au bon vouloir du Parlement, et plus particulièrement au principe d'autonomie des chambres. Le nombre de commissions permanentes, qui conditionne leur périmètre de compétence, est la question centrale, mais pour laquelle une uniformité entre les deux chambres semble, pour l'heure, peu probable. La question de la spécialisation est donc au cœur du contrôle, dans la mesure où elle conditionne la transparence et l'effectivité.

La transparence a également guidé le législateur pour le reste de la procédure, en particulier dans le choix d'une publicité des auditions.

§2- L'audition publique, un principe de transparence nécessaire

Cette question a été soulevée très tôt dans les débats, mais force est de constater qu'elle ne s'est imposée aux deux assemblées que très tardivement. Il a donc fallu d'abord en établir le principe dans la loi, ce qui n'apparaît qu'au moment de la deuxième lecture par le Sénat. Il convient ensuite de relever les limites de cette publicité.

A) La reconnaissance tardive du principe de l'audition publique

L'accord a été tardif sur ce point puisqu'il n'a été acté qu'à la suite de la réunion de la commission mixte paritaire¹. Ce caractère s'explique du fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette jurisprudence, qui créait un risque de divergence entre les deux assemblées, a nécessité l'inscription de cette publicité dans la loi, afin de se mettre en conformité avec des dispositions préexistantes.

¹ DE LA VERPILLIÈRE (C), GÉLARD (P), « Rapports n°2443 et 401 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la constitution », Assemblée Nationale et Sénat, 7 avril 2010.

1- Le risque de divergences entre assemblées

Ce risque est apparu suite à une décision du Conseil constitutionnel, qui laissait une importante marge de manœuvre aux assemblées.

a) Une jurisprudence constitutionnelle, source de divergences

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la publicité des auditions. En effet, l'Assemblée nationale a inscrit à l'article 29-1, alinéa 3 de son règlement le principe selon lequel « *sous réserve de la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale constatée par le bureau, l'audition est publique* ». Conformément à l'article 61, alinéa 1^{er} de la Constitution, le Conseil constitutionnel a été obligatoirement saisi du règlement de l'Assemblée nationale.

Dans sa décision du 25 juin 2009¹, le Conseil constitutionnel a validé cette disposition. Il a estimé que « *cette disposition ne fait pas obstacle à la possibilité pour le législateur de prévoir l'absence de publicité d'une telle audition* ». Par ailleurs, le Conseil a estimé qu'en toute hypothèse, le secret professionnel et la défense nationale étaient protégés par des dispositions législatives, qui apportaient des garanties suffisantes quant à leur préservation.

b) Une importante marge de manœuvre laissée aux assemblées

i- Un risque de divergence entre assemblées

Par cette décision, le Conseil constitutionnel ouvrait donc la voie à la possibilité pour chaque assemblée de prévoir, dans son règlement, les règles applicables en matière de publicité de l'audition, ce qui présentait le risque d'une divergence entre les deux assemblées. C'est pourtant ce qui a été retenu au départ par les deux chambres lors de la discussion du texte. Ainsi, une même nomination aurait pu avoir lieu selon une procédure différente entre les deux commissions, ce qui n'était pas satisfaisant.

Force est de constater que la question de la publicité n'a pas fait l'objet de longues discussions, à l'instar de la question du dépouillement simultané (cf *infra*), alors même qu'il s'agit d'une question centrale. Il convient ici de noter que ce risque de divergences n'a pas été évoqué lors de la discussion, ce qui laisse à mesurer l'importance accordée au principe d'autonomie des chambres. Par ailleurs, le rapporteur du Sénat avait soulevé un autre

¹ CC décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons.5 à 8, JORF du 26 juin 2009, p. 10867.

argument en exprimant la crainte que la publicité de l'audition ne soit source d'une trop grande médiatisation qui nuirait à « l'appréciation sereine de la compétence des candidats »¹.

ii- Un risque de divergences entre les différentes nominations

Laisser le caractère public de l'audition à l'appréciation des assemblées encourait le risque d'une divergence entre les différentes nominations. Car le pouvoir reconnu aux assemblées au départ était entendu ainsi. Le rapporteur de l'Assemblée nationale, le député Charles de la Verpillière, notait dans son premier rapport : « *chaque commission permanente compétente devra donc, avant chaque audition d'une personnalité dont la nomination est soumise à un avis des commissions compétentes, examiner avec attention la question de la pertinence la publicité de ladite audition* »².

Dès lors, la procédure aurait pu être différente entre deux nominations de deux commissions différentes, mais également entre deux nominations examinées par une même commission. Cette totale liberté laissée aux commissions n'était donc pas satisfaisante.

Ces risques de divergences ont toutefois été écartés par les assemblées, au nom de la coordination et de l'unité de procédure avec des dispositions préexistantes.

2- Le principe législatif de l'audition publique

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est venue ici également peser sur les débats. Elle plaidait en effet en faveur de la valeur législative du principe d'audition publique. Par ailleurs, la publicité est apparue comme un élément cardinal de la transparence.

a) La valeur législative du principe

Cette valeur législative a été consacrée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des Présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*³. Le Conseil avait alors « déclassé » la disposition de la loi organique qui prévoyait le

¹ Sénat, examen en commission, séance du 10 février 2010.

² DE LA VERPILLIERE (C), « Rapport n° 1922 et 1923 sur le projet de loi organique (N° 1706) et le projet de loi (N° 1708) relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », Assemblée Nationale, 16 septembre 2009.

³ CC décision n° 2009-576 DC du 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des Présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*, JORF du 7 mars 2009, p. 4336.

caractère public de l'audition : « *il a ainsi fixé une règle qui ne relève pas du domaine de la loi organique défini par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution* ».

Par ailleurs, comme cela a été vu, le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion de préciser que les dispositions du règlement des assemblées ne faisaient pas obstacle à ce que le législateur fixe les règles en matière de publicité¹.

Dès lors, rien ne s'opposait à ce que le législateur intervienne pour prévoir une règle identique aux deux assemblées sur cette question. L'audition publique apparaissait d'autant plus comme un élément essentiel de la transparence.

b) Les arguments de la transparence

L'inscription de la publicité des auditions résulte d'un amendement présenté par le sénateur socialiste Bernard Frimat, lors de la deuxième lecture. Il évoque plusieurs arguments, qui tiennent à la transparence de la procédure de contrôle.

i- La nécessité d'une procédure uniforme

L'uniformité de la procédure vise ici l'existence d'une disposition législative antérieure, prévoyant la publicité des auditions pour la nomination des Présidents de l'audiovisuel public². Dès lors, introduire une divergence dans le sens d'une possibilité de non publicité ferait peser un doute sur certaines nominations. L'objectif de transparence serait donc dénaturé.

ii-Des emplois importants justifiant une audition publique

Il ne s'agit ici que de la reprise des arguments utilisés pour justifier la réforme. Le sénateur Frimat estime, qu'eu égard à l'importance des emplois concernés, l'opinion publique a le droit d'être informée sur leur nomination. Seul le caractère public de l'audition permet d'assurer cette nécessaire transparence. L'argument est habile dans la mesure où il est aux sources de la réforme initiée par le Président de la République. Le rapporteur du projet de loi ne pouvait donc que se ranger derrière l'argument, ce qui a permis l'adoption de l'amendement.

La publicité finalement inscrite dans la loi, avec l'accord des deux assemblées, apparaissent tout de même un certain nombre de limites.

¹ Décision du 25 juin 2009, précitée.

² 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*, article unique, JORF du 7 mars 2009, p. 4321.

B) Les limites à la publicité des auditions

Le principe de la publicité des auditions, s'il était nécessaire, n'en pouvait pas moins être absolu. Aussi, le législateur a-t-il prévu des exceptions, qui apparaissent classiques en la matière. Par ailleurs, il convient de relever un certain nombre de limites qui sont apparues lors des différentes mises en œuvre de la procédure.

1- Un principe assorti d'exceptions « classiques »

Cette question n'appelle pas de longs commentaires. En effet, si le législateur a souhaité poser des limites au principe de l'audition publique, celles-ci apparaissent comme relativement classiques.

Ainsi, l'article 1er de la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* prévoit-il que « *l'audition est publique sous réserve de la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale* ». Cela permet ainsi au texte d'être en conformité avec les législations protégeant le secret professionnel et la défense nationale, évoquées par le Conseil constitutionnel¹. Ces exceptions sont susceptibles d'intéresser un certain nombre de nominations : le rapporteur de l'Assemblée nationale citait le Gouverneur de la Banque de France, mais il serait loisible de citer le Président de l'Autorité de sûreté nucléaire, l'Administrateur général du Commissariat à l'énergie atomique, ou encore le Président du conseil d'administration de la Société nationale des chemins de fer.

Il appartiendra donc à chaque commission de décider, au cas par cas, s'il convient de faire exception au principe de la publicité. Pour éviter tout risque d'abus, la décision sera sans doute prise sous le contrôle du bureau de l'assemblée concernée, comme c'est actuellement le cas à l'Assemblée nationale². Il reste que cela demeure de la compétence des assemblées, ce qui pose de nouveau la question d'une possibilité de divergence. Une précision en ce sens aurait été utile dans le texte.

¹ Décision du 25 juin 2009, précitée.

² Article 29-1 Règlement de l'Assemblée nationale, précité.

2- Les limites tenant à la pratique

La pratique est certes ici limitée au regard de la nouveauté de la réforme, mais quelques éléments saillants apparaissent d'ores et déjà s'agissant de la publicité des auditions. Ces précautions étant prises, il est possible de relever deux limites à la publicité : une faible médiatisation des auditions et un risque renforcé de discipline partisane.

a) Une publicité non synonyme de médiatisation

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, 12 nominations ont eu lieu en application de l'article 13, alinéa 5 de la Constitution. Par ailleurs, alors même que les textes d'application n'étaient pas en vigueur, un certain nombre de nominations ont été faites après auditions publiques par les commissions parlementaires. On peut ainsi citer, sans être exhaustif, la nomination du Président Yves Guéna¹ à la présidence de la commission prévue à l'article 25 de la Constitution, de M. Jean-Luc Hees² à la tête de Radio-France, de MM. Charasse, Barrot et Haenel au Conseil constitutionnel³, de Mme Jeanette Bougrab⁴ à la présidence de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, de M. Dov Zerah⁵ à la direction générale de l'Agence française de développement, de M. Pierre Cardo⁶ à la présidence de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, de M. Rémy Pflimlin à la présidence de France télévisions⁷, de Jean-Paul Bailly à la Présidence du Conseil d'Administration de la Poste⁸, de Didier Houssin à la Présidence de l'Agence d'Évaluation et de la Recherche de l'Enseignement Supérieur⁹, de Dominique Perben à la Présidence du Conseil d'Administration de l'Agence de financement des infrastructures de transport de France¹⁰, ou encore de Dominique Baudis en tant que Défenseur des droits¹¹.

Certaines de ces nominations ont été très médiatisées, notamment celles des membres du Conseil constitutionnel, de Mme Jeanette Bougrab ou de Dominique Baudis. Mais force

¹ Auditions du 8 avril 2009.

² Audition devant la commission du Sénat le 28 avril 2009 ; le 29 avril devant celle de l'Assemblée nationale.

³ Auditions du 24 février 2010.

⁴ Audition devant la commission du Sénat le 6 avril 2010 ; le 7 avril devant celle de l'Assemblée nationale.

⁵ Audition devant la commission de l'Assemblée nationale le 25 mai 2010 ; le 26 mai devant celle du Sénat.

⁶ Audition devant la commission du Sénat le 6 juillet 2010 ; le 7 juillet 2010 devant celle de l'Assemblée nationale.

⁷ Auditions le 12 juillet 2010.

⁸ Auditions le 12 avril 2011.

⁹ Auditions le 4 mai 2011

¹⁰ Audition devant la commission du Sénat le 10 mai 2011 ; le 11 mai 2011 devant celle de l'Assemblée nationale.

¹¹ Auditions le 15 juin 2011.

est de constater que les auditions faites par les commissions sont très largement passées inaperçues. L'enjeu était certes diminué du fait que beaucoup de ces auditions ont eu un caractère informel, et ne se sont pas conclues par un vote sur la nomination. Mais il n'empêche que les auditions restaient un lieu de dialogue important, qui permettait de préciser les ambitions du candidat, son parcours, etc...A ce titre, les auditions de M.Henri Proglio sont particulièrement topiques. Alors que sa nomination entraînait un déferlement de polémiques, quant au montant de ses rémunérations, ses auditions se sont déroulées dans la quasi indifférence médiatique, alors même que l'intéressé y évoqua ces questions¹.

Il serait certes possible de considérer que finalement les commissions restent à l'abri de la polémique et de la pression médiatique, ce qui est sans doute un point positif. Mais on pourrait se demander si l'information du public, et donc la transparence, ne sont pas, par conséquent, vidées de leur sens. La pleine entrée en vigueur de la réforme n'a pas apporté de changement : les 12 nominations ayant à ce jour donné lieu à un vote n'ont pas été davantage médiatisées.

b) La publicité au service de la discipline partisane

C'était ici l'argument principal des opposants à la réforme : la transparence, qui s'incarne dans la publicité de l'audition, ne ferait qu'accroître le caractère partisan des nominations. La logique est ici assez simple et l'argument plutôt efficace : le caractère public de l'audition ferait peser un poids sur les parlementaires, qui seraient contraints d'adopter une stricte discipline partisane. Cet argument fait fis du caractère secret du vote, au profit d'un réalisme politique évident. Ainsi, sous les regards de l'opinion publique et de leur parti, les parlementaires perdraient tout esprit d'indépendance.

La crainte est sans doute fondée, si l'on garde toutefois à l'esprit les nuances apportées sur la médiatisation réelle de l'audition. En revanche, le poids des partis est évident. Pour ne prendre qu'un exemple qui est le plus emblématique, nul doute que la nomination de M.Proglio à la présidence d'Electricité de France aurait très largement provoqué un comportement partisan, la majorité soutenant le gouvernement, l'opposition reprenant à son compte les critiques formulées dans la presse. Le risque est donc celui des postures politiques. C'était la crainte formulée par le Président Mazeaud : *« faire intervenir le Parlement me gêne,*

¹ Voir l'audition du 27 octobre 2009 devant la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, et du 28 octobre 2009 devant la commission de l'économie du Sénat.

cela sera encore plus politisé qu'aujourd'hui »¹. Là encore, le risque est réel et seul le temps permettra de le vérifier ou non.

Le Parlement a donc très largement réussi à préserver la lisibilité de la réforme, et donc l'objectif de transparence. Le principe de l'audition publique en est le symbole le plus marquant. Les compétences des commissions sont par ailleurs clairement établies. Il restait ainsi au législateur de s'attacher à définir les modalités du scrutin, dont l'enjeu principal était la préservation de l'unicité de l'avis.

SECTION 2- Les modalités du scrutin, nécessité d'une procédure uniforme

La mise en œuvre de la réforme nécessitait que les chambres prévoient les modalités du scrutin. Initialement, les chambres ont modifié, séparément, leur règlement intérieur, afin de prévoir la procédure applicable. La procédure était donc prévue, pour l'Assemblée nationale, à l'article 29-1 de son règlement ; elle apparaissait à l'article 19 bis du règlement du Sénat. Les risques de divergences étaient évidents -même si non avérés en l'espèce. Est donc apparue la nécessité d'une procédure uniforme. Cette nécessité est liée au choix fait par le constituant de donner compétence aux commissions permanentes des assemblées : pour une même nomination, la commission du Sénat et celle de l'Assemblée nationale doivent se prononcer, tout en gardant à l'esprit que leur avis ne compte pas séparément. Dès lors, pour préserver cet équilibre, le Parlement s'est attaché à éviter un risque de divergences de procédure entre les deux commissions. Il a ainsi posé la question des délégations de vote (§1), et a établi un principe de dépouillement simultané du scrutin (§2).

§1- Les délégations de vote, point de tensions

Cette question n'était pas évoquée par les règlements des assemblées, du moins sur la question spécifique du contrôle des nominations. On touche ici aux limites de l'uniformité entre les chambres, des chambres qui se sont livrées à un processus que l'on peut qualifier

¹ MAZEAUD (P) et SCHRAMECK (O), « Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDP* n° 1, 2008, p. 19.

d'impasse, dans la mesure où le Sénat supprimait systématiquement du projet toute interdiction des délégations, ce qui était systématiquement ré-inscrit dans le texte par l'Assemblée nationale. L'Assemblée nationale a finalement eu le « dernier mot » lors de l'adoption du texte le 15 juin 2010 ; le Conseil constitutionnel a « validé » sa position dans sa décision du 12 juillet 2010¹, mettant ainsi un terme au conflit. Des arguments pratiques et juridiques ont été soulevés des deux côtés, mais ils ont été totalement mis de côté au profit d'une défense sans concession, par chaque assemblée, de ses prérogatives.

A) La question des délégations de vote, des arguments pratiques et juridiques évincés

Cette question des délégations de vote est apparue très tôt dans la discussion, puisqu'elle a été introduite par l'Assemblée nationale dès la première lecture, dans un article 3 nouveau inséré dans le projet de loi organique. Cet article consistait à modifier l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 novembre 1958 *portant loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*². Un nouvel alinéa était ajouté et rédigé comme suit : « *Il ne peut y avoir de délégation lors d'un scrutin destiné à recueillir l'avis de la commission permanente compétente de chaque assemblée sur une proposition de nomination selon la procédure prévue au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* ». Cet article visait donc à prohiber les délégations de vote, ce qui a été catégoriquement refusé par le Sénat. Les deux chambres disposaient pourtant d'arguments pratiques et juridiques plus ou moins pertinents.

1- Les arguments liés au bon déroulement de la procédure

Deux arguments pratiques principaux ont été évoqués : l'Assemblée nationale mettait en avant l'uniformité de la procédure, alors que le Sénat défendait la souplesse nécessaire de celle-ci.

¹ CC décision n° 2010-609 DC du 12 juillet 2010, *loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, JORF du 24 juillet 2010, p. 13669.

² Ordonnance n° 58-1066, JORF du 9 novembre 1958, p. 10128.

a) Une interdiction au nom de l'uniformité, un argument à double sens

L'interdiction des délégations est le résultat d'un amendement déposé par le rapporteur¹ à l'Assemblée nationale, le député Charles de La Verpillière. Il est tiré du constat que le Sénat accepte les délégations de vote en commission, ce qui n'est pas le cas à l'Assemblée nationale dans les cas où le vote est secret², comme ce serait le cas en espèce. Dès lors, et afin d'éviter des divergences entre les procédures, le rapporteur considère que le législateur organique doit prévoir une interdiction dans les deux chambres des délégations de vote. Selon le rapporteur à l'Assemblée nationale, « *cela reviendrait à fausser le sens de l'avis recueilli, et à entacher la procédure d'avis prévu par l'article 13 de la Constitution d'un vice de forme substantiel* »³. Cette uniformité semble en effet se justifier, dès lors que les deux commissions n'expriment finalement qu'un seul avis. La possibilité de délégation reconnue à certains parlementaires et pas à d'autres introduit donc une rupture dans le mode d'expression du vote, ce qui n'est pas acceptable.

L'uniformité revêt donc une dimension pratique évidente. Cela étant, et c'est là que le problème se pose, l'uniformité n'impose pas que ce soit la procédure applicable devant l'Assemblée nationale qui prévale : on peut parfaitement imaginer une procédure uniforme dans le sens d'une possibilité des délégations de vote. En réalité, l'argument devient ici « politique », dans la mesure où il repose sur la volonté de chaque chambre de défendre ses prérogatives.

b) La possibilité de délégation, un élément de « souplesse »

Le terme de « *souplesse* » apparaît dans le rapport du sénateur Patrice Gélard⁴, et force est de constater que le Sénat, sur ce point, s'est montré très pragmatique, en replaçant la question du vote dans le déroulement général de la procédure. En effet, selon lui, il serait nécessaire de laisser un temps de « réflexion » aux parlementaires, et de ne pas imposer que le vote ait lieu directement après l'audition du candidat : « *il pourrait apparaître utile de laisser s'écouler entre l'audition de la personne par la commission et le moment où celle-ci rend son*

¹ Amendement CL 15.

² Article 13, alinéa 4 de l'Instruction générale du bureau : « *les délégations du droit de vote ne peuvent avoir effet pour un scrutin secret* ».

³ DE LA VERPILLIERE (C), « *Rapport n°2238 et 2241 sur le projet de loi organique, modifié par le Sénat (n°2195) et le projet de loi, modifié par le Sénat (n°2196) relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Assemblée nationale, 20 janvier 2010.

⁴ GELARD (P), « *Rapport n°280 sur le projet de loi organique adopté avec modifications par l'Assemblée nationale et deuxième lecture, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, et le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Sénat, 10 février 2010.

avis afin de permettre aux parlementaires d'arrêter leur position avec le recul nécessaire, après en avoir débattu, le cas échéant avec leurs collègues »¹.

Par ailleurs, le rapporteur évoque l'idée que, s'agissant d'un avis unique exprimé par deux commissions, le vote devrait avoir lieu au même moment (cf *infra*). Comme l'audition a lieu séparément dans chaque commission, par nécessité une partie des parlementaires devra différer son vote, en attendant que l'audition ait lieu dans l'autre commission. Or, le rapporteur estime que la délégation permet à des parlementaires qui ont assisté à l'audition, mais qui ne peuvent être physiquement présents au moment du vote du fait de leurs obligations, de pouvoir prendre part au scrutin. Si l'on s'attache aux nominations qui ont fait l'objet d'un vote par les commissions, il est loisible de constater que l'absentéisme en commission est une réalité : pour la nomination d'Yves Guéna à la présidence de la commission prévue à l'article 25 de la Constitution, les chiffres cités par le rapporteur de l'Assemblée nationale sont saisissants, puisqu'à l'Assemblée nationale, seuls 31 votes ont été exprimés plus une abstention à la commission des lois, alors que cette commissions comptent 73 députés ; la commissions des lois du Sénat a émis 20 votes et 12 abstentions, alors que cette commission rassemble 48 sénateurs. Pour la nomination de Pascal Viné à la tête de l'ONF, seuls huit votants ont pris part au vote au Sénat lors de la réunion du 10 novembre 2010, alors que la commission de l'économie compte 78 membres.

Sur ces éléments, il faut admettre que le Sénat a pris en compte les difficultés pratiques qui s'attachent à cette procédure commune aux deux assemblées, ce qui semble être assez pertinent : la règle n'a pas de sens si, en pratique, sa mise en œuvre s'avère impossible. Mais le Sénat n'est pas resté sur le seul terrain du « fait » : il a considéré que « l'interdiction des délégations de vote soulève de sérieuses objections de droit »², ce à quoi l'Assemblée nationale a répondu.

2- Des arguments juridiques tenant à l'interprétation de la Constitution

Les arguments juridiques avancés par les assemblées s'appuient sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui s'est plusieurs fois prononcé sur la question des délégations de vote. Le Conseil a ainsi précisé que la délégation ne saurait avoir qu'un caractère exceptionnel. Sa jurisprudence se montre par ailleurs respectueuse de la hiérarchie des normes, ce qui semble aller dans le sens de l'Assemblée nationale.

¹ Ibid.

² Ibid.

a) La délégation de vote, pratique « exceptionnelle »

Selon l'Assemblée nationale, l'interdiction des délégations est possible sur le fondement de l'article 27 de la Constitution, et justifie une modification de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précitée. L'article 27 de la Constitution dispose, aux alinéas 2 et 3, que « *le droit de vote des membres du Parlement est personnel. La loi organique peut autoriser exceptionnellement la délégation de vote* ». Le principe est donc celui d'un vote personnel, l'exception la délégation. L'ordonnance du 7 novembre 1958 a ainsi prévu les cas dans lesquels une délégation est possible. Comme le rappelle le Sénat, l'article 1^{er} de l'ordonnance se fonde pour autoriser les délégations sur des « *motifs* », touchant le parlementaire, tels qu'une maladie, un accident ou encore un cas de force majeure, et non sur des procédures de vote particulières.

Le Conseil constitutionnel a eu plusieurs occasions de se prononcer sur la question des délégations de vote. Il a ainsi rappelé le caractère nécessairement exceptionnel de la délégation. Il a de ce fait censuré en 1961 une modification de l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui visait à introduire la possibilité des délégations de vote au regard des « *obligations découlant de l'exercice du mandat parlementaire ou d'un mandat dans les conseils élus des collectivités territoriales* »¹. Il avait considéré que cette possibilité était trop largement admise, sans qu'un contrôle par le bureau des assemblées ne soit prévu. Le Conseil a récemment rappelé le caractère exceptionnel de la délégation dans une décision du 18 mai 2004², dans laquelle il pose une réserve visant à protéger le principe constitutionnel tenant au caractère personnel du vote.

b) Une jurisprudence du Conseil constitutionnel respectueuse de la hiérarchie des normes

La question posée en l'espèce relève du respect de la hiérarchie des normes. En effet, si le constituant a posé un principe d'interdiction des délégations de vote, il n'en a pas moins prévu des exceptions, contenues dans une loi organique précitée. En l'état actuel du droit, ce texte ne prévoit que des motifs permettant à un parlementaire de déléguer son vote. Ainsi, dès lors que le parlementaire est dans un des cas rappelés, il peut déléguer son vote. Rien ne s'oppose à ce que ces cas s'appliquent dans le cadre d'un vote en commission. La question posée est donc de savoir si la loi organique peut prévoir des cas « d'exception à l'exception »

¹ CC décision n° 61-16 DC du 22 décembre 1961, *loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*, Rec.p 24.

² CC décision n° 2004-495 DC du 18 mai 2004, Rec.p. 96.

en interdisant, en toutes circonstances, la délégation de vote. Selon le Sénat, la possibilité ou non de déléguer le vote ne peut reposer, dans la loi organique, que sur des éléments tenant aux motifs. Seul le texte de la Constitution lui-même pourrait prévoir une interdiction des délégations fondée sur des procédures particulières, comme il le fait déjà s'agissant de la procédure de destitution du chef de l'Etat¹.

La force de l'argumentation du Sénat tient au fait qu'il met en avant une décision du Conseil constitutionnel, qui va, selon lui, dans son sens. En effet, le rapporteur Patrice Gélard² évoque dans son rapport la décision n°73-49 DC du 17 mai 1973, portant sur une *résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*. Le contexte est intéressant dans la mesure où la résolution qui était déférée au Conseil constitutionnel avait pour objet, notamment, d'inscrire dans le règlement du Sénat l'interdiction des délégations de vote pour les scrutins secrets. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel censure cette disposition au motif « *que l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 portant loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote, dans son article premier, n'apporte aucune restriction à l'autorisation conférée aux membres du Parlement de déléguer leur droit de vote dans les cas qu'elle énumère ; qu'en conséquence, la disposition selon laquelle la délégation de vote n'est pas valable dans les scrutins secrets n'est pas conforme à l'article 27 de la Constitution en application duquel a été promulguée l'ordonnance susvisée* ». Ainsi les sages de la rue Montpensier ont-ils considéré, qu'en l'état du droit, l'ordonnance organique de 1958 ne permettait pas d'apporter de restrictions à la possibilité de déléguer son vote, dès lors que le parlementaire était dans un des cas prévus par le texte.

Toutefois, il convient ici de remarquer que le Conseil constitutionnel ne censure pas une modification de la loi organique : il censure une disposition du règlement du Sénat, qu'il estime contraire justement à la loi organique. Dès lors, et l'Assemblée nationale défend cette position, rien ne semble empêcher que le législateur organique prévoit, dans la loi organique elle-même, que les possibilités de délégation prévues ne sont pas applicables en matière de vote sur les nominations présidentielles. Dès lors que le principe fixé par l'article 27 de la Constitution est celui du caractère personnel du vote, il semble improbable que le Conseil constitutionnel censure un texte qui vise à restreindre les possibilités de délégation.

¹ Article 68, alinéa 4 C. : « [...] Toute délégation de vote est interdite [...] ».

² GELARD (P), « *Rapport n°141 sur le projet de loi organique adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution et sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Sénat, 8 décembre 2009.

C'est la position adoptée par les sages de la rue Montpensier, dans leur décision du 12 juillet 2010, à propos de la loi organique¹. Le Conseil constitutionnel a indiqué, qu'en prévoyant à l'article 27 de la Constitution précité que le vote des parlementaires est personnel, et que, sauf disposition contraire, la délégation est interdite, le constituant « *a nécessairement habilité la loi organique à définir des cas dans lesquels toute délégation de vote est interdite* ». Le Conseil a ainsi vidé juridiquement le débat, en tranchant en faveur de l'Assemblée nationale. Le fait que la commission mixte paritaire n'ait pas trouvé d'accord démontre que les deux assemblées ont fait de la question des délégations de vote une question de principe, car elle touche en réalité à leurs prérogatives.

B) La question des délégations de vote, une question liée à l'autonomie des chambres

Aucune chambre n'ayant voulu céder, c'est l'Assemblée nationale qui a eu le dernier mot, à la majorité absolue de ses membres², malgré la position défendue pendant un temps au Sénat que le texte concernait l'organisation du Sénat, ce qui empêcherait la chambre basse de pouvoir trancher seule. Force est de constater que ce désaccord persistant, sur une question qui de prime abord apparaît « mineure », tient à la défense par chaque chambre de ses prérogatives.

C'est l'Assemblée nationale qui en réalité a placé la première cette question sur le plan politique, en soulevant la question de l'égalité des chambres. En effet, les députés ont estimé que, dans la mesure où le Sénat ne compte que six commissions permanentes, alors que l'Assemblée nationale en compte désormais huit, cela conférerait un avantage numérique aux sénateurs : cet avantage remettrait en cause les équilibres prévus par la Constitution. Le député Jean-Christophe Lagarde indiquait ainsi, s'agissant de l'interdiction des délégations : « *si une telle disposition venait à disparaître lors de la navette parlementaire, cela risquerait une fois de plus d'affaiblir notre capacité de décision face aux sénateurs* »³. La question n'était donc pas partisane, et à ce titre elle a été adoptée à l'unanimité devant l'Assemblée nationale.

Répondant à cet argument, le Sénat a immédiatement invoqué le principe d'autonomie des assemblées, en considérant que cette question relevait du règlement de chaque assemblée.

¹ CC décision n° 2010-609 DC du 12 juillet 2010, *loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, JORF du 24 juillet 2010, p. 13669.

² Article 46 C.

³ Assemblée nationale, séance publique du mardi 29 septembre 2009.

Cet argument est apparu lors de l'examen en commission du texte¹, et c'est sur sa base que le Sénat va refuser tout compromis, l'échec de la commission mixte paritaire en étant le résultat. Il est donc possible de regretter les positions arrêtées des deux assemblées, qui s'expliquent par ces considérations politiques, qui ont pu apparaître pour le Sénat, comme un motif de « vexation », et donc de fermeture. Ce regret est d'autant plus fort que sur le reste de la procédure les chambres sont parvenues à un accord.

Mais, la vérité étant bien souvent dans les détails, il convient de noter le rôle qu'à jouer cette opposition de principe entre le Sénat et l'Assemblée nationale, car elle a permis de cristalliser le débat sur un point particulier, et de parvenir à des compromis sur les autres points. A ce titre, la question du dépouillement simultané du scrutin apparaît topique. Le rapporteur au Sénat Patrice Gélard, non sans ironie, notait sur cette question : *« Je suis partisan du maintien de cette disposition, et d'abord pour une raison de diplomatie parlementaire. En refusant l'article 3 du projet de loi organique, nous risquerions de « faire de la peine » à l'Assemblée nationale, alors que nous ne lui sommes pas hostiles [...]. De plus, si nous voulons négocier avec elle, il nous faut une base de négociation : ce sera, précisément, la fixation au même moment du dépouillement, sujet qui ne sera gênant ni pour l'une ni pour l'autre assemblée »*².

§2- Le dépouillement simultané du scrutin, élément nécessaire

Sur cette question, l'affirmation de principe précitée du rapporteur Gélard témoigne d'une similitude d'opinion entre les deux assemblées. C'est l'Assemblée nationale qui a en première lecture inséré cette disposition dans le projet de loi, dans un article 3 nouveau, ainsi rédigé : *« L'article 5 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsqu'il est procédé à un vote en commission selon la procédure prévue au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, le scrutin doit être dépouillé au même moment dans les deux assemblées. » »*. La valeur législative s'explique ici par le fait qu'il s'agit de modifier une « simple » ordonnance³, qui concerne le fonctionnement des assemblées. Il convient ici de noter que l'Assemblée nationale avait d'ores et déjà de son côté

¹ Séance du mardi 8 décembre 2009.

² Sénat, séance publique du 21 décembre 2009.

³ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées, JORF du 18 novembre 1958, p. 10336.

modifié son règlement imposant au président de la commission concernée de se concerter avec celui de la commission du Sénat, afin de parvenir à un dépouillement simultané¹.

La nécessité d'un dépouillement simultané est apparue sous l'angle de deux arguments essentiels : le respect de l'unicité de l'avis, et la volonté d'éviter des pressions respectives entre les assemblées.

A) La volonté d'éviter des pressions entre assemblées

Cette crainte est apparue très tôt dans la discussion, puisqu'elle figure dans le premier rapport du député Charles de la Verpillière¹, qui cite les propos du Président Warsmann : « *s'il y a un décalage dans le dépouillement, des pressions risquent de s'exercer sur la seconde assemblée appelée à voter* ». Il s'agit donc une fois encore de préserver la liberté et l'indépendance des deux chambres.

Si l'argument est aisément compréhensible, il est tout de même possible de s'interroger sur sa pertinence. Sur l'idée même d'une quelconque influence du vote d'une commission sur le vote de celle de l'autre assemblée, elle existe sans aucun doute, mais à la marge, dès lors que l'on est en présence de parlementaires aguerris à leur travail. Les jeux d'influence ne sont pas, en cette matière, plus importants qu'ailleurs. Le Président Warsmann fait la comparaison avec les scrutins électoraux, qui sont dépouillés au même moment. Or, dans ce type de scrutin, le dépouillement simultané n'est pas gage de secret, et beaucoup connaissent la tendance des résultats avant même que le vote ne soit complètement achevé et dépouillé. C'est notamment le cas pour les élections régionales, dans lesquelles la simultanéité du dépouillement est mise à mal, dans la mesure où certains bureaux de vote ferment plus tôt que d'autres. De plus, le dépouillement simultané apparaît comme symbolique, dans des enceintes parlementaires habituées aux bruits de couloirs et aux « secrets de polichinelle ».

Dès lors, il semble que l'argument ici rapporté ne soit déterminant, et l'on perçoit sa coloration politique, c'est-à-dire la volonté d'éviter qu'une assemblée ne prenne la préséance sur l'autre. En revanche, un argument plus solide juridiquement justifie ce dépouillement simultané : l'unicité de l'avis.

¹ Article 29-1 du règlement de l'Assemblée nationale.

B) Le nécessaire respect de l'unicité de l'avis

L'argument semble ici plus pertinent, et est lié au choix même qui a été fait par le constituant. En effet, en prévoyant que les votes des deux commissions devaient être additionnés, le Constituant a souhaité qu'il n'y ait qu'un seul avis exprimé par le Parlement. Même si les deux commissions ont leur point de vue, qui peut diverger, seule compte l'addition de l'ensemble des votes des parlementaires. Il était important de ne pas isoler les positions de chaque commission, ce qui pourrait donner lieu à des « affrontements », non pas partisans mais entre assemblées. Comme cela a été vu, le risque n'est pas dans la possibilité d'une influence entre les commissions, mais plutôt dans un détournement de la procédure qui conduirait les parlementaires à des « compromis », tels que la reconnaissance officieuse d'un droit de veto reconnu à chaque commission. En effet, l'absence de dépouillement simultané conduirait à rompre l'unicité de l'avis, et donc à faire émerger un avis propre à chaque commission. Ainsi par exemple, le rapporteur Charles de la Verpillière évoque le cas de la procédure de nomination de M. Jean-Luc Hees à la présidence de Radio France, nomination pour laquelle la simultanéité n'a pas été appliquée, et donc la deuxième commission appelée à se prononcer connaissait la position de l'autre commission au moment du vote. Dès lors, le risque est que s'instaure la pratique selon laquelle l'opposition d'une commission vaut veto. Cela paraît évident lorsque l'on constate avec quelle force chaque assemblée défend son autonomie (cf *supra*).

L'unicité de l'avis permet au moins de gommer la prise en compte des avis de chaque commission, même si dans les faits le dépouillement simultané n'est pas gage de secret. L'unité de l'avis doit être préservée dans la mesure où elle a été le choix du constituant. Il conviendra de s'interroger sur le risque de politisation de l'avis parlementaire, du fait même de cette unité (cf *infra*).

Le Parlement a donc pris un soin tout particulier à définir une procédure uniforme dans les deux chambres, ce qui apparaissait comme un gage de réussite de la réforme. Les risques de divergence n'ont pas tous été gommés, mais l'essentiel est présent. L'objectif de

¹ DE LA VERPILLIERE (C), « Rapport n° 1922 et 1923 sur le projet de loi organique (N° 1706) et le projet de loi (N° 1708) relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution », Assemblée Nationale, 16 septembre 2009.

transparence a également guidé les parlementaires, parfois à l'initiative de l'opposition, ce qui là aussi permet de préserver l'esprit de la réforme.

Le Parlement dispose donc d'outils procéduraux efficaces, qui lui permettront de se prononcer dans de bonnes conditions. Il reste aux parlementaires à s'emparer de ces outils afin que le contrôle soit réellement efficace. Car la réussite de la réforme est très largement soumise au volontarisme du Parlement, qui sera seul à même de conférer une portée maximale à ses avis.

CHAPITRE 2 : UNE PORTÉE RÉELLE DE LA RÉFORME Á DÉFINIR

Comme toute réforme, celle du pouvoir de contrôle reconnu au Parlement en matière de nominations présidentielles ne saurait s'apprécier qu'à l'expérience. En effet, et l'écrire est un lieu commun en droit constitutionnel, de la théorie à la pratique l'écart est grand, et la portée de la réforme en dépend très largement.

Ainsi, les différentes règles de procédures analysées jusqu'alors pourront trouver de nouveaux angles d'analyse, voire des conséquences nouvelles. Cela est très largement soumis au bon vouloir du Parlement, à qui il appartient de « tirer meilleur profit » des instruments qui lui sont accordés. Des indices sur l'utilisation de son pouvoir de contrôle apparaissent tout de même dans la procédure, et permettent d'en entrevoir les possibilités.

Dès lors, il convient de s'interroger en quoi le succès de la réforme dépendra très largement de la pratique et du volontarisme du Parlement. Car si les pouvoirs de contrôle du Parlement se heurtent à un certain nombre de limites (**SECTION 1**), la portée même de l'avis apparaît comme très largement soumise à la pratique (**SECTION 2**).

SECTION 1- Des pouvoirs de contrôle limités

En revalorisant le rôle du Parlement, le constituant a pris soin de ne pas « déséquilibrer » de nouveau les relations entre les pouvoirs publics, au profit du pouvoir législatif. Il a ainsi très largement encadré la procédure de contrôle des nominations présidentielles, ce qui n'a pas été démenti par les textes d'application, même si certaines avancées ont été mises en exergue précédemment. L'encadrement est donc à la fois constitutionnel, organique (au sens de loi organique) et législatif : le dépassement de cet encadrement sera donc plus ou moins aisé, selon la valeur de la norme considérée.

Ainsi, si l'encadrement du champ d'application de la procédure n'apparaît pas comme un élément insurmontable, il n'en demeure pas moins que cette souplesse n'a pas été exploitée par les textes d'application (§1). En revanche, les limites apportées au pouvoir de veto du Parlement semblent, elles, difficilement dépassables, inaugurant une véritable rationalisation du processus de contrôle (§2).

§1- Un encadrement souple mais inexploité du champ d'application

Cet encadrement vise ici l'établissement de la liste des nominations soumises à la procédure de l'article 13, alinéa 5 de la Constitution. Comme cela a été vu, la Constitution a fixé les domaines d'application de la procédure, laissant au législateur organique le soin de préciser les emplois et fonctions effectivement concernés. A l'issue des discussions parlementaires, deux traits saillants ressortent de la liste établie : le législateur a effectivement exercé sa compétence, en ajoutant des nominations à la liste initiale (A). Pour autant, le résultat semble limité au regard des ambitions de la réforme (B).

A) Un législateur organique exerçant sa compétence

La liste prévue à l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution a été établie en respectant des critères précis, et a conduit le législateur organique à y ajouter certaines nominations.

1- Des critères d'établissement de la liste en faveur de l'efficacité de la réforme

Le périmètre du pouvoir de nomination du Président de la République est pour le moins très flou, comme cela a été rappelé en introduction. Il convenait dès lors d'établir les critères qui permettraient de définir une liste qui tienne compte de la volonté du constituant, mais également de l'état du droit en matière de pouvoir de nomination. Quatre critères ont ainsi été fixés par le gouvernement et respectés par le législateur organique¹.

a) Des emplois ou fonctions « importants pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation »

Il ne s'agit en réalité ici que de la reprise du champ d'application de l'alinéa cinq de l'article 13 de la Constitution. Il s'agit donc d'un critère constitutionnel, dont il a déjà été vu qu'il était assez large, et permettait au législateur organique d'exercer pleinement sa compétence. Il s'agit d'un critère assez souple, même s'il a pu justifier le refus de l'inclusion d'emplois dans la liste. Tel est le cas du Directeur de la Villa Médicis, dont l'inclusion de la

¹ Voir sur ce point l'intervention de M.le Ministre Henri de Raincourt, lors de la séance publique devant l'Assemblée nationale, le 29 septembre 2009 ; ainsi que le rapport du sénateur Patrice Gélard, fait en première lecture devant le Sénat.

nomination dans la liste avait été proposée par le Président de la commission de la culture du Sénat. Cela a été refusé par le rapporteur, au motif que cet emploi n'entraîne pas dans le champ d'application de la procédure, défini constitutionnellement. Il s'agit donc bien d'un critère efficient, même s'il est susceptible d'interprétation.

b) Le critère de l'effectivité du pouvoir de direction

Ce critère a un double objectif : soumettre à la procédure de contrôle les emplois ou fonctions qui révèlent le véritable pouvoir de direction au sein de l'organisme concerné ; ne pas alourdir la liste par des emplois ou fonctions « secondaires ». C'est l'effectivité du contrôle qui est ici en jeu, dans la mesure où il n'a de sens que s'il porte sur la nomination de la personnalité qui a effectivement le pouvoir de direction. Le législateur organique doit donc faire preuve de réalisme, en identifiant au sein des organismes concernés le véritable détenteur du pouvoir.

Selon le rapporteur du Sénat, cela doit ainsi conduire, par exemple, lorsque l'organisme dispose d'un Président du Conseil d'administration et d'un Directeur général, à ne soumettre que ce dernier à la procédure de contrôle. C'est ainsi que le Sénat a substitué en deuxième lecture le contrôle de la nomination du Directeur général du Centre national de la recherche scientifique à celui de son Président. Selon le rapporteur, c'est le Président et non le Directeur général qui détient « *l'autorité en matière de décision et de nomination* »¹.

Pour autant, il convient ici de constater que l'avis des commissions ne concernera pas dans tous les cas l'organe directeur. En effet, les nominations au Conseil constitutionnel sont soumises à la procédure, en vertu de l'article 61 de la Constitution. Or le Président du Conseil est certes nommé par le Président de la République, mais parmi ses membres : autrement dit, au moment de sa nomination au Conseil constitutionnel, le candidat concerné, même nommé par le Président de la République, ne saurait se présenter en tant que futur Président du Conseil constitutionnel. Cette divergence s'explique par la source du contrôle : ici c'est la Constitution elle-même qui prévoit le contrôle de la nomination. Les critères ici évoqués ne concernent donc que le législateur organique.

¹ Voir Sénat, séance publique du 21 décembre 2009.

c) Le critère de la compétence de nomination du Président de la République

Ce critère, s'il semble évident, n'en est pas moins essentiel, au regard notamment, comme cela a été vu, de la complexité du droit en matière de compétence présidentielle sur les nominations. Il s'agissait donc pour les parlementaires de faire preuve d'une analyse au cas par cas des nominations relevant effectivement de la compétence du Président de la République.

Sur ce point, le secrétariat général du gouvernement a transmis, à la demande des rapporteurs, une liste de nominations¹ effectuées par le Président de la République, qui a été très critiquée par les parlementaires, comme comportant des « *erreurs* », ce qui témoigne de la difficulté de définir le périmètre réel des compétences du Président.

d) Le critère de l'existence de garanties suffisantes

Il s'agit par ce critère de revenir aux objectifs de la réforme, qui sont de garantir l'indépendance et la compétence du candidat à une fonction, ainsi que la transparence de sa nomination. Dès lors, il apparaissait que la procédure ne saurait s'appliquer à des nominations qui présentent d'ores et déjà de telles garanties. Cela concerne essentiellement des nominations pour lesquelles le Président de la République voit son choix limité par la proposition d'une liste de candidats, établie par des autorités indépendantes. Sur ce point, il est possible de citer l'exemple de la nomination du Président de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité : son Président est nommé par le Président de la République, mais sur proposition d'une liste de quatre candidats, établie par le Vice-Président du Conseil d'Etat et le Premier Président de la Cour de Cassation². Cette procédure vaut également pour le Président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, nommé par le Président de la République, sur proposition d'une liste de six candidats, établie par le Vice-Président du Conseil d'Etat, le Premier Président de la Cour des Comptes et le Premier Président de la Cour de Cassation³. Les candidats ainsi proposés sont donc réputés posséder les garanties suffisantes d'indépendance et de compétences nécessaires à leur poste,

¹ La liste figure en annexe du rapport GELARD (P), « *Rapport n° 141 sur le projet de loi organique adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution et sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Sénat, 8 décembre 2009.

² Article 13 de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 modifiée, *relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications*, JORF du 13 juillet 1991, p. 9167.

³ Article L 2312-2, 1° du Code de la Défense.

au regard des autorités qui les proposent : le Président de la République ne saurait ainsi mal faire en choisissant un des candidats proposés.

En revanche, les parlementaires n'ont pas estimé que présentaient des garanties suffisantes les procédures de nominations pour lesquelles un candidat était proposé par le conseil d'administration de l'organisme concerné¹, par le Président de ce conseil², ou encore lorsque le candidat faisait l'objet d'un avis par le conseil d'administration³.

Le Parlement disposait donc de critères en adéquation avec les ambitions de la réforme, et qui lui ont permis d'ajouter à la liste initiale un certain nombre de nominations.

2- Une extension limitée de la liste des nominations soumises à contrôle

Tirant profit de leur compétence, dans le respect des critères susvisés, les parlementaires ont souhaité ajouter quelques nominations à la procédure de contrôle. Les critères ont par ailleurs justifié le rejet de certaines nominations.

a) Les ajouts des parlementaires, des éléments peu discutés

Faisant preuve d'une audace limitée, les parlementaires ont ajouté à la liste initiale déposée par le gouvernement, sept nominations supplémentaires. Le texte initial comptait 41 nominations. La commission des lois de l'Assemblée nationale a ainsi ajouté en première lecture quatre nominations : le Président de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, le Président de l'Autorité des normes comptables, le Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité⁴ et le Directeur général de l'Office national des forêts.

Le Sénat a, pour sa part, augmenté la liste de trois nominations supplémentaires : le Président du Conseil d'administration de Voies navigables de France, le Président de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et le Président de la Commission de la sécurité des consommateurs.

¹ Cela concerne par exemple le Président-Directeur général d'Aéroport de Paris, le Président du Conseil d'Administration de l'Agence de l'environnement et la maîtrise de l'énergie, le Président d'Electricité de France, ou encore de la Société Nationale des Chemins de Fer.

² Cela concerne notamment le Président du Centre nationale de la recherche scientifique, ou encore le Directeur général de l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire.

³ Tel est le cas du Directeur général du Pôle Emploi.

⁴ Supprimé par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, *relative au Défenseur des droits*, JORF du 30 mars 2011, p. 5497. Pour une analyse des conséquences de cette loi, cf *infra*.

Par simple coordination, les parlementaires ont ajouté à la liste les nominations soumises par d'autres textes à la procédure de contrôle : le Président de la commission prévue à l'article 25 de la Constitution, les membres du Conseil constitutionnel, les Présidents de l'audiovisuel public. L'Assemblée nationale a par ailleurs, en deuxième lecture, supprimé dans la liste l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, qui a été remplacée en vertu d'une ordonnance du 21 janvier 2010¹ par l'Autorité de contrôle prudentiel. Or le Président de cette autorité est le Gouverneur de la Banque de France, qui est d'ores et déjà dans la liste en tant que tel.

La liste ainsi établie comportait, au moment de l'entrée en vigueur de la réforme, 51 nominations, auxquelles s'ajoutent trois membres du Conseil constitutionnel², le Défenseur des droits³ et les personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la Magistrature nommées par le Président de la République⁴. Force est de constater que l'établissement de cette liste n'a pas soulevé de grands débats au sein des assemblées, puisque elle était établie dès la première lecture. Il est possible de s'interroger sur cet état de fait, alors même que la question paraît essentielle. Mais, comme cela a été vu, la discussion s'est très vite portée sur les éléments de procédure, au détriment semble-t-il de la définition du champ d'application. Il reste que certaines propositions d'ajouts ont été faites, mais refusées au nom des critères susvisés.

b) Le refus d'inclure certaines nominations

Faisant usage de leur pouvoir d'amendement, les parlementaires n'ont pas hésité à proposer l'ajout dans la liste d'un certain nombre de nominations. Pour autant, estimant que ces emplois ne répondaient pas aux « critères » visés ci-dessus, beaucoup de ces propositions ont été rejetées. Certains refus d'étendre la liste à des nominations proposées interrogent davantage.

i- Les refus justifiés par le non-respect des « critères »

Plusieurs propositions de parlementaires ont été rejetées par le gouvernement sur le fondement des critères d'établissement de la liste, préalablement définis.

Il est ainsi possible de citer l'exemple de Monsieur le Député Jean-Christophe Lagarde, qui a proposé en première lecture, l'extension du contrôle au Président, Vice-

¹ Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, *portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance*, JORF du 22 janvier 2010, p. 1392.

² Art.56, alinéa 1^{er} C.

³ Art.71-1, alinéa 4 C.

⁴ Art.65, alinéa 2 C.

Président et à un membre de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Il ne fait aucun doute que ces nominations sont importantes « *pour la garantie des droits et libertés* ». Simplement, le gouvernement a opposé son refus dans la mesure où ces nominations sont effectuées par le Président de la République, sur proposition d'une liste de six candidats, établie par le Vice-Président du Conseil d'Etat, le Premier Président de la Cour des Comptes et le Premier Président de la Cour de Cassation, comme cela a été vu. Le même argument a été opposé aux propositions de Monsieur le Député Jean-Jacques Urvoas d'inclure dans la liste le Président de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, ainsi que les membres de la Commission des sondages nommés par le Président de la République.

Les arguments sont donc ici dans la droite ligne des critères annoncés : les refus sont donc justifiés d'un point de vue logique, même si le critère des garanties suffisantes n'est pas affranchi de toutes critiques. En revanche, d'autres refus opposés aux parlementaires s'avèrent plus délicats en termes de justification.

ii- Des refus non justifiés : la découverte d'un « nouveau » critère

Il est des propositions dont le rejet n'a pas été fondé sur les « critères » d'établissement préalablement posés, et sur lesquels il pèse une interrogation. En effet, il est loisible de s'interroger sur les raisons de ces refus.

A ce titre, il est possible de citer un certain nombre d'amendements présentés, en première lecture, par Monsieur le député Jean-Jacques Urvoas visant à inclure dans la liste des nominations soumises à contrôle le Directeur Général de l'Agence de la biomédecine, le Président de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, le Président de l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale et du travail, le Président de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, ou encore le Président de l'Institut de veille sanitaire. Comme l'a rappelé l'auteur de ces propositions, les textes ne prévoient pas expressément la compétence du Président de la République pour procéder à ces nominations, en se contentant de renvoyer à un décret¹. Or dans la pratique, il s'agit bien d'un décret présidentiel. La soumission de ces nominations au contrôle parlementaire semblait se justifier, notamment au regard de la présence dans la liste de certains organes intervenant dans des domaines similaires : la Haute autorité de santé, le Haut conseil des biotechnologies, l'Institut national de la santé et de la recherche médicale. Il est donc admis que ces organes sont

¹ Voir pour un exemple, l'article R. 1418-6 du Code de la Santé publique, tel qu'issu du Décret n° 2005-420 du 4 mai 2005, relatif à l'Agence de la biomédecine, JORF du 5 mai 2005, p. 7842.

importants « pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation ». Malgré cela, la commission et le gouvernement ont émis un avis défavorable sur ces propositions, l'argument avancé étant le caractère « technique » de ces organes.

Cet argument apparaît pour le moins paradoxal, dans la mesure où, comme cela a été vu, le constituant a fait le choix de la spécialisation en soumettant les nominations aux commissions permanentes des assemblées. La technicité d'une nomination ne devrait donc pas être un obstacle à sa soumission au contrôle du Parlement. Le rejet doit donc trouver sa justification ailleurs, sans doute dans la volonté de ne pas aboutir à une liste trop étendue de nominations soumises à contrôle.

Par ailleurs, le gouvernement a également refusé d'inclure dans la liste, comme cela lui était proposé par le Député Jean-Christophe Lagarde, les trois membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, nommés par le Président de la République. L'auteur de la proposition notait qu'il n'existait pas de « filtre » quant à ces nominations, ce qui justifierait leur présence dans la liste. Or le gouvernement a opposé son refus, en considérant que cela créerait une distorsion entre les membres de cette autorité, puisque certains seraient nommés selon une procédure de contrôle, et pas d'autres. L'argument apparaît peu convaincant, dans la mesure où les membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ne sont pas tous nommés par le Président de la République : des différences entre les différents membres existent donc déjà quant à leur procédure de nominations. Par ailleurs, l'objectif de la réforme est d'assurer la transparence et la compétence des nominations effectuées par le Président de la République, et non de conférer aux candidats soumis à cette procédure un statut particulier.

Certains arguments de refus apparaissent donc pour le moins confus, et semblent exprimer le souhait de ne pas aboutir à une liste « pléthorique ». Ce « cinquième » critère, qui est latent, est source d'interrogations quant à l'évolution de la liste finalement adoptée par le Parlement.

B) Le résultat : un champ d'application en-deçà des ambitions de la réforme

La loi organique et la loi du 23 juillet, précitées, contenaient ainsi 57 nominations effectuées par le Président de la République et soumises au contrôle du Parlement. L'entrée en vigueur de la loi organique du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits* a porté ce chiffre à 53, en supprimant de la liste le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, le Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité, et le Président de la

HALDE¹. Le constat est ainsi celui d'une liste limitée au regard du champ des nominations effectuées par le Président de la République. La définition très large du champ d'application de la réforme telle que contenue à l'article 13, alinéa 5 de la Constitution, semble ainsi remise en cause, et les perspectives d'évolutions restent timides.

1- Une liste limitée de nominations soumises à contrôle

La liste finalement adoptée ne semble pas être critiquable quant à l'importance des emplois qu'elle contient et qu'elle soumet à contrôle. En revanche, le nombre des nominations qu'elle soumet à contrôle apparaît disproportionné au regard de l'ensemble des nominations effectuées par le Président de la République.

a) Une liste éparse d'emplois essentiels

i-Des emplois de très grande importance

Le critère de l'importance des emplois « pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation » a sans aucun doute été respecté : les emplois qui se trouvent soumis à contrôle sont de toute évidence des emplois de grande importance, et dont les titulaires exercent des fonctions essentielles. Pour ne prendre que quelques exemples, il est loisible de citer le Président de l'Autorité de sûreté nucléaire, le Gouverneur de la Banque de France, l'Administrateur général du Commissariat à l'énergie atomique, le Président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Défenseur des droits, le Président de la Société nationale des chemins de fer français, etc...*Stricto sensu*, la liste annexée à la loi contient 47 nominations, auxquelles s'ajoutent, par renvoi aux dispositions de la Constitution, les trois membres du Conseil constitutionnel, le Défenseur des droits, et les deux personnalités qualifiées nommées par le Président de la République au Conseil supérieur de la Magistrature.

ii-Essai de classification

La liste n'opère aucun classement, quant au « fondement » de l'inclusion dans la liste de tel ou tel emploi. Deux classifications sont envisageables : l'une reposant sur le statut des organes, l'autre sur les critères matériels d'inclusion dans la liste tels que définis par la Constitution. Au titre du critère organique, il est ainsi possible de relever que la liste contient

¹ Art. 43, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, JORF du 30 mars 2011, p. 5497.

19 établissements publics¹, 15 Autorités administratives indépendantes², huit sociétés commerciales³, trois personnes publiques *sui generis*⁴, trois organes consultatifs⁵, le Conseil constitutionnel et le Conseil supérieur de la Magistrature. Cette classification « organique » n'implique pas de commentaires particuliers, si ce n'est le constat de la supériorité des personnes morales de droit public, qui apparaît somme toute logique.

En revanche, une classification « matérielle », fondée sur la distinction entre les emplois importants « *pour la garantie des droits et libertés* » et ceux importants pour « *la vie économique et sociale de la Nation* », apparaît plus intéressante. En effet, ces concepts ont des potentialités d'application extrêmement vastes, et il est intéressant d'analyser le résultat obtenu. Certaines nominations entrent sans conteste dans le champ de la garantie des droits et libertés. Tel est le cas, sans être exhaustif, du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, du Défenseur des droits, des membres du Conseil constitutionnel ou encore du Conseil Supérieur de la Magistrature. La vie économique et sociale de la Nation renvoie quant à elle à des secteurs très divers tels que celui des activités financières⁶, de l'aménagement du territoire⁷, de la concurrence⁸, de la culture et de la communication⁹, de l'emploi¹⁰, de

¹ Dont 12 établissements publics à caractère industriel et commercial (Agence française de développement, Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs, Agence nationale pour la rénovation urbaine, Centre national d'études spatiales, Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire, Office national des forêts, OSEO, Régie autonome des transports parisiens, Réseau ferré de France, Société nationale des chemins de fer français, Voies navigables de France) ; quatre établissements publics administratifs (Agence de financement des infrastructures de transport de France, Pôle emploi, Météo-France, Office français de protection des réfugiés et apatrides) ; et trois établissements publics à caractère scientifique et technologique (Centre national de la recherche scientifique, Institut national de la recherche agronomique, Institut national de la santé et de la recherche médicale).

² Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, Autorité de la concurrence, Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, Autorité des marchés financiers, Autorité des normes comptables, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Autorité de sûreté nucléaire, Commission de régulation l'énergie, Commission de la sécurité des consommateurs, Commission nationale du débat public, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Défenseur des droits, Haute autorité de santé.

³ Aéroports de Paris, Compagnie nationale du Rhône, Electricité de France, La Française des jeux, France Télévisions, La Poste, Radio France, Société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France.

⁴ Banque de France, Caisse des dépôts et consignations, Commissariat à l'énergie atomique.

⁵ Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Commission de l'article 25 de la Constitution, Haut conseil des biotechnologies.

⁶ Il est loisible de citer le Président de l'Autorité des marchés financiers, le Gouverneur de la Banque de France, le Directeur général de l'Agence française de développement, etc...

⁷ S'y rattachent notamment le Directeur général de l'Agence nationale pour la rénovation urbaine, ou encore le Président de la commission nationale du débat public.

⁸ Le Président de l'Autorité de la Concurrence en constitue le seul exemple.

⁹ On y trouve par exemple les Présidents de l'audiovisuel public.

¹⁰ Le Président de Pôle emploi en étant l'exemple unique.

l'enseignement et de la recherche¹, de l'environnement et de l'énergie², des postes et télécommunications³, de la santé⁴, et enfin des transports⁵. Cette classification binaire pose problème s'agissant d'un certain nombre de nominations, susceptibles de se rattacher aux deux grands domaines définis par la Constitution. Tel est le cas par exemple du Président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, dont l'activité se rattache au secteur de la culture et de la communication, mais qui joue un rôle non négligeable en matière de garantie des droits et libertés, notamment en protégeant le pluralisme des médias et des courants de pensée, base de la liberté de conscience et d'opinion.

Ainsi, le domaine des emplois importants pour « *la vie économique et sociale de la Nation* » est-il plus fourni que celui des emplois intéressant « *la garantie des droits et libertés* ». Cela ne semble pas dû à un désintérêt du législateur pour ce dernier domaine, qui est sans doute le plus important. Cette différence s'explique en réalité par le fait que les organes assurant la garantie des droits et libertés bénéficient d'un statut d'indépendance, qui les place à l'abri de pressions politiques. Cela concerne essentiellement ici les juridictions. La procédure de contrôle n'est pas apparue nécessaire au législateur pour ces nominations.

b) Le refus d'une liste « pléthorique »

Lors de la discussion en première lecture devant l'Assemblée nationale⁶, le rapporteur Charles de La Verpillière relevait qu'« *une liste trop longue ne permettait probablement pas d'exercer dans de bonnes conditions le nouveau pouvoir [...]* » dévolu au Parlement. C'est donc au nom de l'effectivité du système de contrôle que les parlementaires n'ont pas étendu outre mesure la liste. Le gouvernement n'a certes pas proposé une liste très étendue, mais le résultat lui est autant imputable qu'aux parlementaires, qui ont préféré ne pas « *banaliser* » la procédure, au risque de lui enlever toute portée. C'est ainsi qu'a été rejeté un amendement présenté par le député Jean-Jacques Urvoas visant à soumettre l'ensemble des nominations effectuées par le Président de la République à la procédure de contrôle. Outre qu'il aurait engendré une surcharge de travail insurmontable pour les commissions, cet amendement était

¹ Domaine auquel se rattachent notamment les nominations du Président du conseil de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, le Président de l'Institut national de la recherche agronomique, le Président de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, etc...

² On trouve ainsi le Président de l'ADEME, du Haut Conseil des biotechnologies, de l'Autorité de sureté nucléaire, le Président-Directeur général d'EDF, etc...

³ Domaine qui comprend le Président de l'ARCEP et le Président du Conseil d'administration de la Poste.

⁴ On peut citer ici le Président du comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, le Président du collège de la Haute autorité de santé.

⁵ Au titre duquel, on trouve par exemple, le Président d'Aéroport de Paris, de la SNCF, de la RATP, etc...

⁶ Séance publique du mardi 29 septembre 2009.

contraire à la lettre de l'article 13, alinéa 5 de la Constitution, qui prévoit un contrôle procédure d'exception.

Le nombre d'emplois soumis à la procédure laisse tout de même perplexe, malgré le constat, indéniable, de leur importance. Le secrétariat général du gouvernement a transmis une liste d'emplois susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 13, alinéa 5 et relevant du Président de la République. Cette liste contient plus de 500 emplois. Elle a été très critiquée par les parlementaires pour son caractère incomplet. Par ailleurs, il convient de relever que certaines nominations qui figurent dans la liste de la loi organique ne sont pas mentionnées dans la liste du secrétariat général du gouvernement. Tel est le cas par exemple du Président de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, du Président du conseil d'administration de l'Agence de financement des infrastructures de transport de France, ou encore du Président de Radio France. En tout état de cause, la disproportion est manifeste entre les deux listes, ce qui semble remettre en cause les ambitions de la réforme.

2- Une extension peu probable du champ d'application

Il s'agissait ici d'un des éléments les plus ambitieux de la réforme, et qui laissait espérer une portée maximale du contrôle effectué par le Parlement. Le refus d'une liste pléthorique a conduit en réalité à l'adoption d'une liste *a minima*, sans véritable cohésion.

La souplesse du champ d'application reposait sur deux éléments, intrinsèquement liés : tout d'abord l'utilisation de termes très larges pour définir les domaines des emplois concernés – garantie des droits et libertés, vie économique et sociale de la Nation-, ce qui conduisait, et c'est le second élément, à reconnaître une très grande marge de manœuvre au législateur organique, compétent pour fixer la liste. Or, comme cela a été vu, le Parlement n'a pas souhaité allonger la liste, et n'a ajouté que sept nominations.

Il est possible de s'interroger, à la lumière de cette timidité du législateur organique, sur les perspectives d'évolution de cette liste, dont l'extension apparaît peu probable. Il ne s'agit pas ici de préjuger de l'avenir, mais de noter que malgré le caractère récent de la réforme, l'engouement n'a pas été au rendez-vous. Par ailleurs, comme cela a été vu, la liste a d'ores et déjà été appelée à évoluer dans le sens d'une diminution, et ce du fait de l'intervention d'une autre réforme importante : la mise en place du Défenseur des droits. En effet, cette nouvelle autorité administrative indépendante, prévue par l'article 71-1 de la Constitution, a vocation à se substituer à certains organes, tels que la Commission nationale

de déontologie de la sécurité, le Défenseur des enfants, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et le Médiateur de la République. Aussi, la loi organique précitée relative à cette institution prévoit-elle, par coordination, que sont supprimées de la liste annexée à la loi organique relative à l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution les autorités précitées. Certes cette amputation est liée à la disparition de ces autorités, et donc le *ratio* des nominations soumises à contrôle et des nominations effectuées par le Président de la République ne s'en trouve pas modifié. Mais le symbole est là, et les perspectives d'augmentation de la liste ne manqueront pas d'être analysées à cet égard.

Ainsi, la souplesse préservée par le constituant, la reconnaissance forte de la compétence du législateur organique pour déterminer les emplois qu'il souhaite contrôler, se retrouvent très nuancées dans la loi organique effectivement promulguée. Le souci d'assurer la viabilité du système en évitant un encombrement des commissions a semble-t-il pris le pas sur les ambitions de la réforme. Ces ambitions, il convient également de les confronter à la réalité du pouvoir du Parlement en matière de contrôle, pouvoir qui semble lui aussi devoir faire face à des limites très fortes.

§2- La rationalisation du contrôle : un pouvoir de veto limité

Si l'étendue du contrôle est un élément central, son effectivité doit également être analysée afin de mesurer la portée d'une telle procédure. Il s'agit ici de voir dans quelle mesure le Parlement peut s'opposer à une nomination souhaitée par le Président de la République. Car s'il apparaît que l'article 13, alinéa 5 de la Constitution vient encadrer très fortement le pouvoir d'opposition du Parlement (A), cet encadrement prend tout son sens à la lumière de la pratique, et notamment du fait majoritaire (B).

A) Un pouvoir d'opposition très encadré

Ici, l'encadrement trouve son origine même dans la Constitution, puisque l'alinéa 5 de l'article 13 dispose que « *Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions* ». Deux éléments

apparaissent ainsi : le droit reconnu aux parlementaires est un droit d'opposition et non d'affirmation, et ce droit apparaît soumis à des conditions de majorité renforcée très contraignantes.

1- Un simple droit d'opposition

Lorsqu'un organe est consulté, outre la réponse, il est toujours très intéressant d'analyser la question posée, dans la mesure où elle traduit le contexte des relations entre l'auteur de la question et l'organe appelé à y répondre.

S'agissant du contrôle des nominations, l'avis exprimé par le Parlement n'est perçu que d'un point de vue négatif. En effet, la question posée aux parlementaires n'est pas de savoir s'ils sont d'accord sur telle ou telle nomination, mais de savoir s'ils s'y opposent. Ainsi, l'avis n'aura une importance pour le Président de la République que dès lors que les parlementaires s'opposeront à son choix. On ne leur demande pas de valider une nomination, comme cela se fait aux Etats-Unis par exemple, mais simplement de dire s'ils s'y opposent.

Ce type de procédure se rencontre à un autre article de la Constitution, et la comparaison n'est pas neutre : il s'agit de l'article 49, alinéa 3. En vertu de cet article, le gouvernement a la possibilité de faire adopter un texte prévu par cet article sans que le Parlement ne se prononce. Simplement, les parlementaires ont la possibilité d'exprimer leur refus, en votant une motion de censure. La possibilité des parlementaires se réduit donc à un droit d'opposition. L'article 13, alinéa 5 reprend ce mécanisme.

Cette procédure est caractéristique de la volonté de ne pas surestimer le pouvoir du Parlement en la matière : son avis ne saurait s'analyser comme un vote d'approbation ou de confirmation. Le Président reste la seule autorité de nomination. Seuls les avis négatifs compteront.

2- Des conditions de majorité très strictes

Les questions de majorité sont centrales lorsqu'il s'agit d'analyser les pouvoirs dont dispose une autorité. En matière de contrôle des nominations, force est de constater que le constituant a souhaité limiter les pouvoirs des chambres. Deux éléments sont centraux : les conditions de majorité échappent au Parlement, et cette majorité qualifiée apparaît comme un élément fort de rationalisation.

a) Des conditions échappant au Parlement

Ici, c'est le texte constitutionnel lui-même qui fixe la règle : le veto est acquis uniquement s'il rassemble trois cinquièmes de suffrages négatifs exprimés dans les deux commissions. Comme cela a été vu, le constituant n'a pas souhaité prendre en compte l'avis de chacune des commissions, au risque de provoquer des oppositions trop ouvertes entre les deux assemblées. L'avis est donc unique, et la majorité se calcule en prenant en compte les votes des deux commissions. Le fait que ce soit le texte constitutionnel qui fixe la pondération de la majorité est un élément de « fermeture », dans la mesure où elle ne peut être modifiée que par une révision constitutionnelle : le Parlement ne maîtrise donc pas les règles de majorité.

b) La majorité qualifiée : les arguments de la rationalisation

L'élément fondamental de la procédure de contrôle est sans doute le niveau même de la pondération : trois cinquièmes des suffrages est un chiffre très élevé. Cette majorité se distingue de celle proposée par le « Comité Balladur », qui avait été beaucoup plus favorable au Parlement, en proposant un vote acquis à la majorité simple. Cette majorité qualifiée s'est vraisemblablement imposée afin d'éviter une trop grande politisation des nominations. Elle semble par ailleurs avoir justifié le choix d'un vote négatif.

i- Le rejet de la politisation : un argument démenti

La volonté de rationalisation de la procédure de contrôle des nominations a pour principal argument le souhait de ne pas renforcer la politisation des nominations. L'idée est la suivante : une majorité de blocage trop faible entrainerait un trop grand pouvoir des partis politiques. Dès lors, le débat se placerait davantage sur le plan politique et partisan plutôt que sur celui des compétences du candidat. La procédure de contrôle perdrait ainsi tout son sens, puisque son but premier est d'amoindrir le caractère politique des nominations. Sur ce point, il semble évident que c'est le pouvoir du Sénat américain et la très grande politisation du processus de nomination aux Etats-Unis qui ont justifié les craintes du constituant français. La majorité des trois cinquièmes s'explique donc par le but même du contrôle parlementaire.

La réalité de cet argument peut toutefois être interrogée au regard des exemples étrangers abordés précédemment. En effet, les exemples des nominations au sein des cours constitutionnelles allemandes ou espagnoles démontrent qu'une majorité qualifiée n'est pas synonyme d'absence de politisation : cela a conduit les partis politiques les plus importants à se mettre d'accord, par le biais de conventions informelles. Certes, ces exemples avaient

révélé qu'en la matière, les pouvoirs de ces parlements étaient beaucoup plus importants que ceux du Parlement français, dans la mesure où ils s'analysaient comme un véritable pouvoir d'initiative. Mais le constat de la politisation semble pouvoir être une mise en garde pour le législateur français.

A ce titre, la mise en garde du Président Pierre Mazeaud, qui dénonçait le risque de politisation¹, reprend tout son sens. Cela étant, le constituant a semble-t-il perçu le risque, et la majorité qualifiée ne saurait s'analyser sans faire la liaison avec le caractère négatif du vote.

ii- Une majorité qualifiée, alliée nécessaire du vote négatif

C'est le choix de cette majorité très élevée qui a sans doute justifié le choix de ne comptabiliser que les votes négatifs. Car si le système d'un vote d'approbation aux mêmes conditions de majorité avait été choisi, cela aurait nécessairement conduit le parti majoritaire à trouver des alliés. Il semble en effet rare que la majorité parlementaire représente à elle seule trois cinquièmes des membres du Parlement, plus exactement des commissions. Sous la législature actuelle, si l'on raisonne de manière générale, la majorité rassemble 339 députés² et 179 sénateurs³, soit 518 parlementaires. Le Parlement comprend aujourd'hui 915 parlementaires ; la majorité des trois cinquièmes représente donc, en raisonnant sur 100 % des suffrages exprimés, 549 voix. La majorité parlementaire ne représente donc pas ce chiffre à elle seule. Mais la procédure de contrôle des nominations impose une analyse commission par commission, puisque c'est à ce niveau que la majorité se calcule. Pour ne prendre que deux exemples, il est loisible de s'intéresser aux commissions des lois et aux commissions compétentes en matière culturelle. Les premières comprennent 62 membres de la majorité. Or ces commissions rassemblent 121 parlementaires⁴. Dans l'hypothèse de 100 % des suffrages exprimés, la majorité des trois cinquièmes s'établit ainsi à 73 voix. La majorité ne les atteint donc pas seule. S'agissant des commissions compétentes en matière culturelle, elles

¹ Article précité.

² La majorité est ici formée de deux groupes : l'Union pour un mouvement populaire, qui rassemble 314 députés, et le Nouveau centre, qui rassemble 25 députés.

³ Ici la majorité s'entend au sens large, formée par le groupe Union pour un mouvement populaire et le groupe minoritaire Union centriste, même si l'alliance est moins affirmée qu'à la chambre basse.

⁴ La commission des lois du Sénat comprend 48 membres, dont 20 membres du groupe Union pour un mouvement populaire, 15 pour le groupe Socialiste, quatre pour le groupe Union centriste, trois pour le groupe Rassemblement démocratique et social européen, trois pour le groupe Communiste, républicain et citoyen, et trois sénateurs non-inscrits. La commission des lois de l'Assemblée nationale comprend quant à elle 73 membres, dont 39 appartenant au groupe UMP, 26 pour le groupe Socialiste, radical et citoyen, trois pour le groupe Nouveau centre, trois pour le groupe Gauche démocrate et républicaine et deux députés non-inscrits.

rassemblent 126 membres¹, dont 66 parlementaires de la majorité. Or la majorité des trois cinquièmes s'établit ici à 76 voix : la majorité ne les atteint pas seule. Un système de vote positif, en maintenant des conditions de majorité aussi élevées, n'était donc pas politiquement viable, même si l'on peut regretter, s'agissant de nominations importantes, que l'on n'ait pas réussi à dépasser les calculs partisans.

Par ailleurs, cette majorité est un élément essentiel de la rationalisation de la procédure, dans la mesure où, alliée au caractère négatif de l'avis, elle semble très difficile à atteindre. Il est rare qu'une telle majorité, en opposition au Président, soit atteinte. Car en effet, c'est le fait majoritaire qui vient perturber le mécanisme.

B) Les limites tenant au fait majoritaire

C'est en réalité la conjugaison de deux phénomènes qui vient limiter les possibilités de veto par le Parlement : la montée en puissance des partis politiques et le phénomène majoritaire. Ainsi, les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont aujourd'hui marquées par le soutien, quasi indéfectible, du parti majoritaire au Parlement vis-à-vis de l'exécutif. Le contrôle des nominations n'échappe pas à cet état de fait, même s'il convient de réserver le cas des périodes de cohabitation. Mais même dans ce cas, rien ne semble indiquer que le Parlement s'oppose aux volontés présidentielles, en tous cas en la matière.

1- La concordance des majorités : un veto de « crise »

Il s'agit ici de s'intéresser aux hypothèses, les plus courantes *a priori*, dans lesquelles le Président de la République bénéficie de la majorité politique au sein des chambres. Dans cette hypothèse, la réunion d'une majorité d'opposition de trois cinquièmes semble tout simplement être un « cas d'école ». En effet, il semble peu concevable qu'une majorité de trois cinquièmes des suffrages exprimés, c'est-à-dire réunissant une bonne partie des membres de la majorité qui soutient le Président de la République, émerge en défaveur d'un candidat à une fonction, qui apparaît comme le choix présidentiel. Les exemples de nominations qui ont

¹ La commission culture du Sénat rassemble 56 membres, dont 24 membres du groupe UMP, 19 pour le groupe Socialiste, cinq pour le groupe Union centriste, cinq pour le groupe CRC, deux pour le groupe RDSE et un sénateur non-inscrit. La commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale comprend pour sa part 70 députés, dont 39 pour le groupe UMP, 25 pour le groupe SRC, trois pour le groupe Nouveau centre et trois pour le groupe GDR.

d'ores et déjà donné lieu à une audition par les commissions parlementaires, suivie par un vote, sont topiques. Trois exemples peuvent être cités : celui de la nomination du Président Yves Guéna à la présidence de la commission de l'article 25 de la Constitution ; celui de M.Jean-Luc Hees à la présidence de Radio-France, et celui de Rémy Pflimlin à la présidence de France télévisions. Ainsi, pour le premier, les commissions se sont prononcées le 8 avril 2009. La commission des lois de l'Assemblée nationale ne s'est pas opposée à cette nomination, par 18 voix pour, 13 voix contre et une abstention. Le groupe SRC s'est opposé à la nomination, mais la majorité a validé le choix présidentiel. Devant la commission du Sénat, le résultat a été le suivant : 18 voix pour, deux contre et 12 abstentions. Ici aussi, la majorité a avalisé la nomination. La majorité des trois cinquièmes aurait été acquise ici à 31 voix « contre ». Les mêmes remarques peuvent être faites s'agissant de la nomination de Jean-Luc Hees à la présidence de Radio-France: devant la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale, le candidat ne s'est vu opposer qu'un seul suffrage négatif, 26 voix étant positives, et six abstentions. Au Sénat, le candidat présidentiel n'a pas fait l'objet de votes d'opposition, rassemblant 20 votes positifs, et 19 abstentions. 29 votes « contre » étaient nécessaires pour former un veto de trois cinquièmes des suffrages exprimés. Concernant Rémy Pflimlin, celui-ci ne s'est vu opposer qu'un seul vote négatif, sur 45 votants. Le veto des trois cinquièmes était ici atteint à 27 « voix contre ».

Ainsi, il apparaît que la majorité présidentielle ne saurait s'opposer directement au Président de la République, en refusant une nomination. Les hypothèses de refus semblent donc réservées à des cas où le candidat serait manifestement incompetent, ou sujet à forte polémique. Même dans cette hypothèse, il est loisible de penser que plutôt que de s'opposer frontalement au Président de la République, le Parlement ne manquera pas d'établir des liens informels avec la présidence, afin que la candidature soit retirée. L'existence aujourd'hui d'une majorité parlementaire qui est une majorité présidentielle laisse à penser que les « conflits » seront rares pour ne pas dire inexistantes.

Ces remarques doivent être nuancées en période de cohabitation, même si l'on ne peut semble-t-il pas parler d'inversement des principes.

2- Les hypothèses de cohabitation : des conflits peu probables

En la matière, il est évident que les périodes de cohabitation seront plus propices à des oppositions du Parlement. Mais, la cohabitation ne constitue pas une inversion totale et parfaite des principes susvisés : elle n'est pas synonyme d'une opposition systématique. Deux

éléments permettent d'avancer cela : tout d'abord, la majorité de trois cinquièmes de suffrages négatifs exprimés impose d'aller au-delà des seules voix de la majorité, sauf à considérer qu'un seul parti rassemble à lui seul trois cinquièmes des suffrages, ce qui paraît peu probable. Ainsi, si l'on raisonne à partir des expériences de cohabitation, il est possible de relever qu'une seule majorité a rassemblé trois cinquièmes des membres du Parlement, et donc, par analogie des commissions. En effet, lors de la première cohabitation en 1986, la majorité de droite et du centre-droit¹ rassemblait au Sénat et à l'Assemblée nationale 487 parlementaires², soit environ 55 % du Parlement. Les 60 % d'opposition nécessaires ne sont donc pas atteints. La même remarque vaut pour la cohabitation de 1997, puisqu'à partir des élections sénatoriales de 1998, la majorité de gauche³ représente 434 parlementaires⁴ sur 899, soit un peu plus de 48 % du Parlement. La cohabitation de 1993 apparaît tout à fait atypique par l'ampleur des résultats obtenus par la majorité de droite et de centre-droit⁵ : les parlementaires de la majorité sont alors 675⁶ sur un total de 899, soit un peu plus de 75 % du Parlement. Dans cette hypothèse, la majorité, opposée au Président de la République, détenait ainsi plus de trois cinquièmes des voix au Parlement. Cette majorité n'est donc pas impossible, même si elle apparaît exceptionnelle.

S'agissant du cas particulier de la deuxième cohabitation, il est apparu qu'en réalité, la majorité parlementaire, pourtant écrasante, s'est montrée, par l'intermédiaire de son Premier Ministre, Edouard Balladur, très respectueuse des prérogatives de nomination du Président de la République. Car il convient de garder à l'esprit deux éléments : on ne saurait forcer le Président de la République à signer un décret auquel il est opposé ; et surtout, le Président de la République fixe l'ordre du jour du Conseil des Ministres, ce qui constitue une forme de « pression amicale » vis-à-vis du Premier Ministre. Le système de la Vème République, qui crée, comme cela a été vu en introduction, une véritable interdépendance entre le Premier Ministre et le Président, les « oblige » à coopérer. Il semble donc que le Parlement, sous

¹ La majorité est ici entendue comme rassemblant au Sénat le groupe RPR (77 sénateurs), le groupe de l'Union centriste (70 sénateurs) et le groupe des républicains et indépendants (54 sénateurs); à l'Assemblée nationale, le groupe RPR (155 députés) et le groupe UDF (131 députés).

² Respectivement 201 sénateurs et 286 députés.

³ Majorité regroupant, au Sénat, le groupe socialiste (78 sénateurs), le groupe Communiste, républicain, citoyen (16 sénateurs) ainsi que le groupe Rassemblement démocratique et social européen (21 sénateurs); à l'Assemblée nationale, le groupe Socialiste (250 députés), le groupe Communiste et le groupe Radical (36 députés), citoyen et vert (33 députés)

⁴ Respectivement 115 sénateurs, et 319 députés.

⁵ La majorité regroupant alors, au Sénat, le groupe RPR (90 sénateurs), le groupe de l'Union centriste (66 sénateurs) et le groupe de l'Union des républicains et indépendants (47 sénateurs) ; à l'Assemblée nationale, le groupe RPR (257 députés) et le groupe UDF (215 députés).

⁶ Respectivement 203 sénateurs et 472 députés.

l'autorité du Premier Ministre, saura n'user qu'avec modération de son pouvoir de veto lorsqu'il en a les moyens. Les risques de blocage semblent donc, en pratique, peu probables.

Caractérisant l'évolution du contrôle du gouvernement par le Parlement, évolution liée au fait majoritaire, Le Professeur Philippe Ardant relevait : « *Peut-on véritablement parler de contrôle de l'exécutif lorsque celui-ci est assuré de voir ses actes approuvés par les représentants ? En pratique, le contrôle a pris un sens nouveau, il résulte de ce que la politique de la Nation est exposée et débattue au grand jour. Le débat parlementaire amorce le contrôle du gouvernement par l'opinion* ». Cette analyse des pouvoirs du Parlement est sans conteste transposable au contrôle des nominations : le fait majoritaire fausse en quelque sorte le jeu, mais la transparence du processus parlementaire apparaît comme un correcteur. Cette transparence trouve son point d'orgue dans l'avis rendu par le Parlement, avis dont la portée semblait a priori limitée, mais auquel la pratique est susceptible de conférer une portée nouvelle.

SECTION 2 - La portée de l'avis, un élément soumis à la pratique

Si le Parlement dispose d'un mode d'expression, il convient de s'interroger sur la portée de cette expression, c'est-à-dire sur la valeur et les conséquences du choix parlementaire. Selon l'article 13, alinéa 5 de la Constitution, c'est au travers d'un « *avis public* » que les parlementaires interviennent dans le processus de nominations présidentielles.

La mention d'un « *avis public* » n'est pas en soi révélatrice d'une portée normative définie. En effet, et c'est ici un élément classique qu'il n'est pas nécessaire de développer, on distingue traditionnellement différents « types » d'avis, en fonction de leur portée : l'avis simple, qui ne lie pas l'autorité qui en est destinataire ; l'avis conforme, qui lie cette autorité, et qui apparaît de ce fait comme un véritable pouvoir de co-décision. Cette distinction doit toutefois être nuancée, dans la mesure où, en fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment l'autorité émettrice de l'avis, un avis simple peut avoir une portée qui va au-delà de la simple consultation.

S'agissant de l'avis émis par les commissions parlementaires, deux caractéristiques principales peuvent être relevées, étant entendu que le caractère public de l'avis est transversal. Il s'agit tout d'abord d'un avis *a priori*, ce qui apparaît classique en matière de

contrôle des nominations, mais qui n'est pas sans poser de difficultés en terme d'effectivité du contrôle (§1). Pour autant, malgré la rationalisation du contrôle, la portée de l'avis des commissions parlementaires semble devoir prendre toute son importance par une lecture pratique (§2).

§1- Forces et faiblesses d'un avis *a priori*

L'avis des commissions parlementaires peut être qualifié d'*a priori* dans la mesure où le Parlement est consulté avant même la décision de nomination. Relever ce caractère peut paraître une évidence dans la mesure où il est le seul envisageable en matière de contrôle des nominations, sauf à imaginer un pouvoir de révocation au Parlement. Il ne s'agit donc pas ici d'un choix du constituant mais d'une nécessité logique.

Si ce caractère *a priori* de l'avis ne présente donc pas en soi d'innovation particulière, il convient tout de même de relever en quoi il est au cœur de la revalorisation du Parlement en matière de nominations. Car il s'agit ici indéniablement d'un élément de responsabilisation du Parlement (A). Néanmoins, un certain nombre de difficultés apparaissent, liées à ce caractère *a priori*, et il convient de les relever, à l'expérience notamment des nominations qui ont d'ores et déjà eu lieu selon la procédure de l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution (B).

A) Une intervention préventive : élément de responsabilisation du Parlement

Associer le Parlement à la nomination de hauts dirigeants est indéniablement le témoignage de relations apaisées entre le pouvoir exécutif et le Parlement. Sans aller jusqu'à un véritable partage du pouvoir, cela conduit le Parlement à avoir un droit de regard, et donc une certaine influence sur ces nominations. Avec les limites analysées ci-dessus, tenant à la limitation du champ d'application ou encore au fait majoritaire, il est évident que cette procédure permet aux représentants de s'exprimer sur des sujets qui jusqu'alors apparaissaient comme la « chasse-gardée » de l'exécutif.

Aussi, le fait que le Parlement se prononce, avant même la nomination, sur les qualités d'un candidat, est un élément de responsabilisation. Car cette intervention parlementaire apparaît en quelque sorte comme un « brevet de qualifications » du candidat. En effet, le but de la procédure n'est-il pas de s'assurer que tel ou tel candidat pressenti par le chef de l'Etat remplit les conditions de compétences pour assurer l'emploi concerné ? Dès lors, l'avis du

Parlement apparaît crucial : dans l'hypothèse où le candidat s'avèrerait défaillant après sa nomination, le Parlement sera tenu au moins pour moitié responsable. Et comment ne pas imaginer l'argument de l'exécutif, qui ne manquera pas de prendre le prétexte de l'intervention du Parlement pour s'exonérer d'autant de sa responsabilité ?

La question est donc de savoir si le Parlement dispose réellement des pouvoirs lui permettant d'exercer un contrôle effectif et efficace. Comme cela a été vu, les nuances sont cortège, et il semble évident que le Parlement aura beaucoup de difficultés à donner une portée maximale à son contrôle. Ces difficultés semblent renforcer par le caractère préventif du contrôle, pourtant inévitable.

B) Les difficultés d'un candidat « pressenti » : l'effectivité du contrôle en question

Sauf hypothèse de reconduction, le candidat à un poste visé dans la liste des nominations soumises à contrôle n'a de sa tâche future qu'une vue globale, sinon approximative. C'est la portée du contrôle qui se trouve ainsi en jeu, selon la position du candidat.

1- L'avis sur un renouvellement : l'efficacité maximale du contrôle

Plusieurs hypothèses de renouvellement ont eu lieu après audition par les commissions parlementaires : le renouvellement du mandat du Président-Directeur général de la Française des jeux Christophe Blanchard-Dignac¹, le renouvellement du mandat du Gouverneur de la Banque de France Christian Noyer², le renouvellement du Président Yannick D'Escatha à la tête du Centre national d'études spatiales³, le renouvellement du Président Jean-Paul Bailly à

¹ Auditions par les commissions parlementaires permanentes le 6 octobre (Assemblée nationale) et le 7 octobre 2009 (Sénat) ; nomination par un Décret du 26 octobre 2009 *portant nomination du président-directeur général de La Française des jeux*, JORF du 28 octobre 2009, p. 18254.

² Auditions par les commissions permanentes le 27 octobre 2009 ; nomination par un Décret du 29 octobre 2009 *portant nomination du gouverneur de la Banque de France*, JORF du 30 octobre 2009, p. 18673.

³ Auditions par les commissions permanentes le 9 février 2010 ; nomination par un Décret du 11 février 2010 *portant nomination du président du conseil d'administration du Centre national d'études spatiales*, JORF du 12 février 2010, p. 2700.

la tête de la Poste¹, ou encore le renouvellement du Président François Drouin à la tête d'OSEO².

La lecture des comptes rendus d'auditions pour ces cinq nominations est frappante par la technicité des sujets abordés. En effet, il est évident que le candidat est alors en position de force, dans la mesure où il connaît parfaitement l'organisme concerné et les sujets de fond qui le concerne. Le Président de la Française des jeux peut ainsi citer un certain nombre de chiffres sur l'activité de son organisme, aborder en parfaite connaissance l'ouverture à la concurrence des jeux de hasard... Les candidats peuvent également directement parler des projets mis en œuvre par l'organisme : le Président d'Escatha a pu aborder le projet GALILEO, le projet ARIANE, le projet SOYOUZ menés par l'organisme qu'il dirige, ou encore les différentes participations à des projets militaires, dont seule une connaissance interne permet d'en connaître les détails, au regard notamment de la protection des informations en la matière. Le Président François Drouin a pu évoquer, lors de son audition de juin 2010, les projets de restructuration interne d'OSEO, les partenariats avec les pays étrangers, là encore grâce une connaissance interne sans faille. Cela a également été flagrant lors de son audition de janvier 2011, où il a évoqué notamment le bilan de l'année 2010 en termes d'investissements ou encore l'évolution des « *taux de sinistralité* ». Le Président Jean-Paul Bailly a pour sa part mis en avant la stratégie du groupe la Poste, a évoqué l'augmentation de capital ainsi que le projet « *Ambition 2015* », sujets qui nécessitent une connaissance interne du groupe.

Ces candidats à un renouvellement peuvent par ailleurs faire un bilan de leur activité, bilan qui est un élément supplémentaire d'appréciation des parlementaires. Ces derniers peuvent donc juger sur pièces et en pratique les capacités réelles du candidat. C'est ainsi l'efficacité du contrôle qui est renforcée, et l'audition apparaît comme un moment clé. L'information des parlementaires est parfaitement assurée, et leur contrôle se voit conférer une portée maximale.

¹ Il convient de noter la situation particulière de la Poste ici : le Président Jean-Paul Bailly a été reconduit dans ses fonctions fin 2010, suite à son audition devant les commissions parlementaires le 21 décembre 2010. L'entrée au capital de la Caisse des Dépôts et Consignations au capital du groupe a conduit à un renouvellement nécessaire de sa nomination. Celle-ci a eu lieu après audition par les commissions permanentes le 12 avril 2011, par un décret du 14 avril 2011 *portant nomination du président du conseil d'administration de La Poste*, JORF du 15 avril 2011, p. 6653.

² Le Président François Drouin a connu la même situation que son homologue de la Poste : reconduit à la tête d'OSEO fin juin 2010, la fusion des trois filiales du groupe OSEO a nécessité une nouvelle procédure de nomination. Celle-ci a eu lieu après audition par les commissions permanentes le 19 janvier 2011, par un décret du 27 janvier 2011 *portant nomination du Président du Conseil d'administration de l'établissement public OSEO*, JORF du 28 janvier 2011, p. 1839.

Des difficultés apparaissent en revanche dès lors que le candidat est extérieur à l'organisme concerné.

2- L'avis sur un candidat « extérieur » : difficultés d'un contrôle efficace

Il s'agit ici de s'attacher aux hypothèses pour lesquelles le candidat pressenti est extérieur à l'organisme qu'il lui est proposé de rejoindre. Deux facteurs de difficultés, liées à cet état « externe » apparaissent : les difficultés sont à la fois liées aux attentes des parlementaires, mais également à la nature de certains organismes.

a) Des difficultés liées aux attentes des parlementaires

Il apparaît en effet, au moment de l'audition, que le candidat pressenti souffre d'un défaut de connaissance des dossiers, qui ne peut lui être imputé, mais qui résulte tout simplement des faits. Car étant généralement extérieur à l'organisme, le candidat ne bénéficie pas des informations internes, protégées par le secret professionnel. Aussi, il lui est difficile, voire impossible, d'entrer dans les détails et de répondre aux questions précises des parlementaires, sur tel ou tel dossier. Cet état de fait est, notamment, particulièrement ressorti de l'audition de M. Jean-Luc Hees, candidat à la présidence de Radio-France, devant la commission de la culture du Sénat le 28 avril 2009. Il s'agissait alors de la première audition d'une personnalité pressentie, selon les principes de l'article 13, alinéa 5 de la Constitution. Si aucun doute ne semblait possible quant à ses compétences en matière de journalisme et de connaissance des médias, au regard de son expérience professionnelle, il est évident que l'information des parlementaires sur des dossiers précis touchant Radio-France est restée pour le moins insatisfaisante. Le candidat n'a pu qu'exposer ses « *projets* » pour Radio-France, c'est-à-dire une vision générale de l'organisme. Or, aux questions des sénateurs sur un éventuel cahier des charges, sur le budget de la société, Jean-Luc Hees n'a pu que regretter qu'il n'ait pas d'accès aux « *dossiers* » de la société.

Les auditions de M. Alain Fuchs, candidat à la présidence du Centre national de la recherche scientifique, et entendu par les commissions parlementaires le 19 janvier 2010, ont fait apparaître le même type de difficultés. Malgré son expérience de Directeur de L'Ecole nationale supérieure de chimie de Paris, gage de sa compétence en la matière, M. Alain Fuchs s'est trouvé dans l'impossibilité de répondre précisément aux questions des parlementaires. Ainsi, à propos de questions sur les ressources humaines du Centre, le candidat indiquait : « *Je ne connais pas encore de façon suffisamment détaillée les structures du CNRS en matière*

de ressources humaines pour vous répondre de façon précise »¹. Le candidat a, sur d'autres sujets, raisonné en prenant pour exemple l'école qu'il dirigeait alors. Si les comparaisons sont pertinentes, il n'en apparaît pas moins que cela pose la question d'une information claire et pertinente des parlementaires, pourtant nécessaire au contrôle.

Ainsi, l'audition du candidat reste-t-elle l'audition d'une personnalité extérieure, ce qui pose la question de l'effectivité du contrôle. Car au-delà des capacités du candidat, qui ne sont pas en cause ici, les parlementaires souhaitent qu'il réponde à des questions sur des dossiers précis, sur lesquels des difficultés existent et dont eux-mêmes ont connaissance.

b) Des difficultés liées à la nature des emplois concernés

Comme l'audition de Jean-Luc Hees l'a parfaitement démontré, le secret professionnel est un obstacle à ce qu'un candidat extérieur soit au fait des dossiers d'un organisme à la direction duquel il aspire. Cette difficulté semble propre à certains organismes, essentiellement ceux présentant un caractère industriel et commercial, du fait de l'existence de dossiers en cours, de contrats commerciaux, etc... vis-à-vis desquels le secret est nécessaire, dans l'intérêt de l'organisme. Par ailleurs, le cas des organismes intéressants la sécurité nationale est également à relever, dans la mesure où il apparaît ici évident que la divulgation de certains dossiers semble inenvisageable.

Cela étant, il est loisible de relever que les difficultés liées à la connaissance des dossiers ne se sont pas posées pour certaines nominations, au titre desquelles il est possible de citer les nominations au Conseil constitutionnel, ou encore à la présidence de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Dans le premier cas, les trois candidats nommés en 2010, MM. Barrot, Charasse et Haenel, ont pu répondre à toutes les questions qui leur étaient posées par les parlementaires². En effet, celles-ci ne touchaient pas à des dossiers internes à l'institution, mais plutôt à des questions sociétales ou juridiques : fonctionnement du Conseil constitutionnel, caractère politique du Conseil constitutionnel dans sa composition et sa jurisprudence, place du Conseil constitutionnel dans le processus législatif, place du principe de parité, du principe de dignité humaine... Les mêmes remarques sont applicables à la nomination de Mme Jeanette Bougrad à la présidence de la HALDE. Auditionnée par les commissions³, celle-ci a dû répondre à des questions générales, telles la question des discriminations positives, de l'articulation des missions de la HALDE avec celles du

¹ Compte-rendu de l'audition devant la commission des affaires culturelles et de l'éducation, Assemblée nationale, séance du mardi 19 janvier 2010.

² Voir sur ce point les auditions du 24 février 2010.

³ Audition du 6 avril 2010 devant la commission du Sénat ; 7 avril 2010 devant celle de l'Assemblée nationale.

Défenseur des droits, des chantiers prioritaires, de la place de la HALDE par rapport aux juridictions...Jean-Pierre Machelon, pressenti à la nomination au CSM a pu évoquer les questions concernant la responsabilité et l'indépendance des magistrats, questions qui demeurent très générales.

Ainsi, pour les organismes intéressant la garantie des droits ou la vie sociale, il apparaît plus aisée aux candidats de répondre aux interrogations des parlementaires, dans la mesure où il ne s'agit pas de s'intéresser à des dossiers précis et particuliers, mais de replacer l'organisme dans une vision d'ensemble de la société. Pour autant, sans aborder de questions liées à des dossiers particuliers, les candidats n'en abordent pas moins des questions de fond. L'effectivité du contrôle est donc ici préservée.

Il est évident que la nouveauté de la procédure d'avis nécessite une adaptation, et les parlementaires devront s'adapter à la particularité de chaque candidat. Pour autant, les emplois concernés étant très importants, et touchant à des domaines essentiels pour la Nation, l'exigence d'information des parlementaires apparaît légitime. Les difficultés d'un contrôle *a priori* se font ici prégnantes, et difficilement dépassables. Il appartiendra toujours aux commissions de convoquer par la suite le candidat nommé pour avoir des réponses sur des dossiers précis, mais l'objectif de contrôle préventif s'en trouve affaibli. Il reste à interroger la portée de l'avis des commissions, qui si elle apparaît limitée, semble pouvoir acquérir une importance maximale en pratique.

§2- Une portée pratique de l'avis sous-estimée

Les éléments de rationalisation du contrôle ont été traités, et comme cela a été vu, l'avis du Parlement a été encadré par des conditions très strictes, qui viennent très largement nuancer son pouvoir réel. L'avis conforme est ainsi « tempéré » par son caractère négatif, et par les conditions de majorité auxquelles il est soumis.

Pour autant, il serait parfaitement hâtif de condamner la réforme, en sous-estimant l'importance que peut prendre un avis parlementaire public. Car, malgré ses faiblesses, cet avis a une double portée, sur laquelle il convient d'insister : une portée juridique, au travers du contrôle effectué par le juge administratif (A), mais aussi, et surtout, une portée politique face à l'opinion publique (B).

A) La portée juridique de l'avis : le contrôle du juge administratif

Le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce par décret. Dès lors, s'agissant d'un acte administratif, celui-ci est soumis à la juridiction du juge administratif. Plus particulièrement, s'agissant d'un décret présidentiel, la compétence appartient au Conseil d'Etat, en vertu de l'article R311-1, 1° et 3° du Code de Justice administrative¹. Le contrôle s'effectue dans le cadre classique du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, la question qu'il convient de se poser est de savoir quel usage le juge administratif fera de cette nouvelle procédure d'avis. Il convient ici de se référer à l'hypothèse dans laquelle le requérant, faisant un recours contre le décret de nomination, soulèvera un moyen tiré de l'illégalité de la procédure d'avis.

Car la jurisprudence du juge administratif en matière d'avis est bien établie et particulièrement favorable à l'autorité émettrice, ce qui vient renforcer le Parlement dans ses prérogatives. Il convient toutefois de relever le cas particulier de la nomination des membres du Conseil constitutionnel, qui fait l'objet d'une jurisprudence à part.

1- La nomination des membres du Conseil constitutionnel : un acte de gouvernement

La nomination des membres du Conseil constitutionnel fait l'objet d'une jurisprudence spécifique, qui a pour conséquence d'écartier la possibilité de soumettre l'acte de nomination au contrôle du juge administratif. L'évolution, souhaitable, de cette jurisprudence se heurte encore à des obstacles.

a) Une jurisprudence écartant l'accès au juge

La qualification d'acte de gouvernement de la nomination par le Président de la République d'un membre du Conseil constitutionnel a été initiée par un arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat, rendu le 9 février 1999, *Mme Bâ*², à propos de la nomination du Président Pierre Mazeaud. Les juges du Palais Royal affirmaient alors, selon une formule classique en

1 Art. R311-1 : « *Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :*

1° *Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets ; [...]*

3° *Des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3e alinéa) de la Constitution et des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat [...]* ».

² Rec. p. 124

la matière, « *qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel* ». Le Conseil d'Etat se déclare donc incompétent. La qualification d'acte de gouvernement se justifie par le fait que cette nomination intéresse des rapports entre pouvoirs publics, dont il n'appartient pas au juge administratif de s'en faire le censeur.

Dans son arrêt *Mme Bâ*, l'Assemblée du contentieux n'a pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement Frédéric Salat-Baroux, qui s'était prononcé en faveur de la compétence du juge administratif, tout en limitant le contrôle à un contrôle minimum, dans la mesure où il considérait le pouvoir du Président de la République comme purement discrétionnaire.

L'avis rendu par les commissions parlementaires n'est pas en soi un acte administratif. Il ne saurait dès lors être attaqué directement par le biais d'un recours pour excès de pouvoir, ce qui aurait pu se faire à la faveur de la théorie des actes détachables. Ainsi, seule la voie de l'exception est possible, dans le cadre du recours direct contre le décret de nomination. La qualification d'acte de gouvernement du décret de nomination écarte donc cette possibilité, ce qui conduit à l'impossibilité pour le juge administratif de se prononcer sur la procédure d'avis en la matière.

b) Une évolution souhaitable

Pour l'heure, aucun indice d'un abandon de la jurisprudence *Mme Bâ* est disponible, ce qui serait la seule possibilité de donner à la procédure d'avis en la matière une portée juridique.

i- L'obstacle à l'évolution jurisprudentielle : la pluralité d'autorités de nomination

L'obstacle principal semble être l'existence de plusieurs autorités de nomination, et l'impossibilité de soumettre à contrôle les actes des deux autres autorités. En effet, les actes de nominations pris par le Président du Sénat ou le Président de l'Assemblée nationale ne sauraient s'analyser comme des actes administratifs, soumis au contrôle du juge administratif. Car, malgré des évolutions limitées à certains domaines dont celui des contrats administratifs¹, les actes pris par une autorité parlementaire échappent à la compétence du juge administratif,

¹ Sur ce point, voir l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat, du 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale* (Rec. p. 42). Soumettant des actes pris par le Président de l'Assemblée nationale à son contrôle, le Conseil d'Etat ne les qualifiait pas pour autant d'actes administratifs, et justifiait son contrôle par l'existence de contrats administratifs.

au nom de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté des assemblées. Ainsi, le juge administratif n'est pas compétent pour contrôler la légalité de l'acte de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel pris par le Président d'une assemblée. Dès lors, le Conseil d'Etat, par parallélisme, se considère incompétent pour contrôler un même acte pris par le Président de la République.

ii- Une juridictionnalisation nécessaire

La tendance contemporaine est sans doute à la diminution des actes qui échappent à tout contrôle par le juge, même si cette affirmation est à nuancer. Ce mouvement s'explique par l'importance prise aujourd'hui, du fait de facteurs multiples, et notamment européens, par le principe d'accès au juge.

Une évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat est sans doute souhaitable dans la mesure où elle crée une distorsion entre d'un côté les nominations du Président de la République soumises au contrôle du juge, et de l'autre la nomination des membres du Conseil constitutionnel, bénéficiant d'une immunité de juridiction. Cet isolement ne se justifie plus, dans la mesure où le constituant et le législateur ont exprimé le souhait de ne pas isoler les nominations au Conseil constitutionnel, en les soumettant à la procédure de contrôle parlementaire. Le législateur a également, comme cela a été vu, soumis au contrôle des commissions la nomination des membres du Conseil constitutionnel par les Présidents des chambres. Il a par là même démontré la possibilité de dépasser la pluralité des autorités de nominations, même si des aménagements ont été nécessaires.

Cela étant, il convient de s'interroger sur l'autorité compétente pour contrôler ces nominations, et notamment le respect de la procédure d'avis. Car un contrôle par le juge administratif ne semble pas possible, eu égard au principe de séparation des pouvoirs. Sans doute, une solution se trouve-t-elle dans la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle au Conseil constitutionnel lui-même. En effet, pour l'heure, le Conseil n'est pas compétent pour se prononcer sur la procédure de nomination d'un de ses membres. En vertu des textes le régissant¹, le Conseil constitutionnel est simplement compétent pour, le cas échéant, « constater » une démission d'office en cas d'incompatibilité, de privation des droits civils ou politiques, d'incapacité physique permanente ou de manquement à l'obligation de réserve d'un de ses membres. Il serait parfaitement imaginable que le Conseil constitutionnel procède,

¹ Art.7, 10 et 11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958, p. 10129 ; Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959, sur les obligations du Conseil constitutionnel, JORF du 15 novembre 1959, p. 10818.

lors de nouvelles nominations, à un contrôle de la procédure de nomination, et notamment du respect de l'avis des commissions parlementaires. Ce contrôle se limiterait à un contrôle minimum, afin de respecter le caractère discrétionnaire des nominations. Il aurait le mérite d'assurer l'uniformité des procédures de nominations, en mettant fin à l'isolement de la nomination des membres du Conseil constitutionnel, et permettrait surtout de donner à l'avis des commissions parlementaires toute sa portée.

Il reste à faire accepter cette évolution par les autorités de nominations, et notamment les Présidents des chambres, qui ne manqueront de voir d'un mauvais œil cette nouvelle prérogative du Conseil constitutionnel. L'évolution apparaît toutefois nécessaire, au regard de l'intervention du juge administratif dans toutes les autres nominations présidentielles.

2- L'avis des commissions parlementaires, un avis sanctionné par le juge administratif

Le régime juridique des avis découle d'une jurisprudence bien établie par le juge administratif. Il convient auparavant de qualifier juridiquement l'avis des commissions parlementaires, car en découlent les pouvoirs du juge administratif en la matière.

a) L'intervention des commissions parlementaires : un avis conforme obligatoire

i- L'avis des commissions parlementaires, un avis obligatoire

L'intervention des commissions parlementaires pose indéniablement une question de qualification. Car de cette qualification va découler un régime juridique, défini par le juge administratif. Ce régime repose sur la distinction entre d'une part l'avis obligatoire, hypothèse dans laquelle l'autorité administrative est obligée de soumettre son projet à l'autorité consultative sous peine d'illégalité, et d'autre part l'avis facultatif, hypothèse dans laquelle l'autorité administrative est libre de soumettre ou non son texte à consultation.

S'agissant des nominations soumises à la procédure de contrôle, l'article 13, alinéa 5 de la Constitution ne laisse en réalité pas de doute : l'avis des commissions parlementaires est un avis obligatoire. Le texte indique en effet que « *le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente...* ». L'emploi du présent de l'indicatif valant impératif, le Président de la République ne saurait prendre un décret portant nomination à l'un des emplois contenus dans la liste sans consulter au préalable les commissions parlementaires. A titre de comparaison, il est loisible de relever que la

Constitution contient une autre disposition soumettant le pouvoir réglementaire à la consultation obligatoire d'une autre autorité : l'article 37, alinéa 2 prévoit la consultation obligatoire du Conseil d'Etat pour prendre un décret modifiant un texte législatif intervenu avant 1958, dans un domaine placé par la Constitution hors du champ de compétence du Législateur.

ii- Un avis conforme

La qualification d'avis conforme découle de la position, liée ou non, de l'autorité administrative destinataire de l'avis. Si celle-ci est liée par l'avis, c'est-à-dire qu'elle ne peut aller à l'encontre de celui-ci, l'avis sera considéré comme conforme. Plus spécialement, il importe de savoir si un avis négatif émis par l'autorité de consultation est de nature à empêcher l'autorité administrative de prendre l'acte qu'elle souhaitait. Car un avis, même positif, ne saurait obliger l'autorité administrative de prendre l'acte, dans la mesure où elle demeure maîtresse de son opportunité.

Ainsi, la qualification d'avis conforme ne saurait dépendre des conditions dans lesquelles un pouvoir de veto est reconnu à l'autorité consultative : seul compte de savoir si oui ou non l'émission d'un avis négatif fait obstacle à la prise de décision. Dès lors, là encore l'article 13, alinéa 5 de la Constitution ne saurait faire de doute : il s'agit bien d'un avis conforme, sans que les conditions de majorité qualifiée n'aient d'influence en la matière. Le texte dispose en effet que « *le Président ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés...* ». Aucun doute n'est donc laissé quant au caractère conforme de l'avis, au-delà des nuances apportées sur la possibilité d'un avis négatif.

Cette qualification d'avis obligatoire et conforme est particulièrement intéressante, dans la mesure où le contrôle du juge administratif en est d'autant plus renforcé.

b) La sanction de la méconnaissance de l'avis, un vice de compétence

L'avis émis par les commissions parlementaires se rapporte incontestablement à des questions de procédure. Mais le Conseil d'Etat a pu estimer qu'un vice de procédure particulièrement grave pouvait, dans certaines hypothèses, s'analyser comme un cas d'incompétence.

i- La sanction sur le fondement du vice de procédure

Il s'agit ici de la sanction classique d'une violation des règles qui prévalent à la prise de décision, « destinées à éclairer l'autorité compétente, ainsi que dans certains cas à garantir de plus le respect des droits et intérêts des administrés »¹. Pour autant, le juge administratif ne sanctionne pas toutes les irrégularités de procédure, mais seulement celles qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur la décision, ou les garanties qu'elles représentent. Le juge parle alors de « formalités substantielles ». Telle a notamment été qualifiée la méconnaissance de l'obligation de ne prendre une décision qu'après un avis². Ainsi, l'avis des commissions parlementaires étant un avis obligatoire, le juge administratif ne saurait manquer d'en sanctionner la violation, sur le fondement d'un vice de procédure.

Toutefois, il semble qu'en matière d'avis, le juge ait porté son contrôle sur le fondement du vice d'incompétence, ce qui est de nature à le renforcer.

ii- La sanction sur le fondement du vice de compétence

A ainsi été assimilée à un vice d'incompétence la non consultation du Conseil d'Etat³, ou encore la non consultation du Conseil constitutionnel⁴. Par ailleurs, il convient d'ajouter à ces hypothèses la méconnaissance par l'autorité administrative de ne prendre une décision que sur avis conforme d'une autre autorité⁵. Ces jurisprudences sont particulièrement intéressantes dans la mesure où « le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur d'une décision administrative est d'ordre public »⁶.

Dès lors, s'agissant de l'avis parlementaire en matière de nominations, deux hypothèses sont envisageables : celle de la violation par le Président de la République de son obligation de consulter les commissions parlementaires, et celle de se conformer à l'avis du Parlement. Ce dernier cas ne pose pas de difficulté, et sera sanctionné. En revanche, l'hypothèse de la non consultation des commissions est plus problématique, dans la mesure où le Conseil d'Etat ne se place sur le terrain du vice de compétence que dans l'hypothèse où c'est le Conseil d'Etat lui-même ou le Conseil constitutionnel qui n'ont pas été consultés. Pour les autres organismes, le juge administratif se place sur le terrain du vice de procédure, comme vu précédemment. La question posée est donc celle de savoir si le Conseil d'Etat

¹ CHAPUS (R), « Droit administratif général », Tome I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, p. 1030

² CE 21 octobre 1992, *Catois*, Rec. p.732 ; 19 mai 1995, *Société Clamardis*, Rec. p. 625.

³ CE 25 janvier 1957, *Keinde Serigne*, Rec. p.63 ; Ass. 2 juillet 1993, *Louvrier*, Rec. p. 207.

⁴ CE Ass. 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, Rec. p. 479.

⁵ CE 29 janvier 1969, *Veuve Chanebout*, Rec. p.43 ; 8 juin 1994, *Mme Laurent*, Rec. p. 1137.

⁶ CE 15 février 1961, *Alfred Joseph*, Rec. p. 114.

étendra sa jurisprudence à la consultation des commissions parlementaires. La jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière se fonde en toute vraisemblance sur sa volonté d'affirmer l'importance du rôle consultatif de certains organes : « *il s'agit d'une jurisprudence pragmatique* »¹. Dès lors, il est vraisemblable que le Conseil d'Etat étendra sa jurisprudence à l'avis des commissions parlementaires, sans quoi il reconnaîtrait implicitement une portée limitée à l'intervention de ces organes. S'engager dans cette voie risquerait de heurter la susceptibilité du Parlement, ce à quoi les juges du Palais Royal apparaîtraient attentifs.

L'avis parlementaire est donc un nouveau moyen de légalité au service du juge administratif, pour des nominations qui jusqu'alors étaient marquées, sauf exception, par l'absence de formalisme. Le contrôle du juge administratif permettra donc d'assurer le respect de la nouvelle procédure en faveur de la transparence, ce qui est une garantie supplémentaire pour les requérants. Car le propre de la réforme est bien de créer les conditions de la transparence, ce qui est de nature à donner une nouvelle portée à l'avis des commissions.

B) La portée politique de l'avis : le contrôle de l'opinion publique

Juridiquement, comme cela a déjà été vu, le veto du Parlement n'est acquis que si les votes négatifs exprimés dans les deux commissions représentent trois cinquièmes des suffrages exprimés. En deçà de ce chiffre, la nomination est donc acquise et le Président de la République, peut en toute légalité signer le décret de nomination.

Cela étant, une vision pratique de la procédure semble conférer à l'avis une portée différente. En effet, même en deçà des trois cinquièmes, les suffrages négatifs ne sauraient être balayés sans compter. Tout est en réalité question de proportion : car comment ne pas imaginer qu'une majorité même simple d'avis négatifs, c'est-à-dire dépassant la moitié des suffrages exprimés, soit sans aucune conséquence ? Car de fait, cela signifierait qu'une partie, voire plus de la moitié, de la majorité présidentielle s'oppose au Président. Si l'on ajoute à cela, le caractère public de l'avis, il est difficile d'imaginer que le Président de la République ne tienne pas compte de l'avis de la majorité des membres des commissions. S'agissant de la proposition du « Comité Balladur », qui était pourtant de mettre en place un système d'avis

¹ CHAPUS (R), *ouvrage précité*, p.1028.

simple, le Président Olivier Schrameck évoquait l'importance que revêtait « *politiquement* » un tel avis, dès lors qu'une majorité défavorable se dégagerait¹.

Il est donc évident qu'outre le veto des trois cinquièmes, le Parlement a en mains les moyens de conférer à son vote la portée la plus large qui soit, et ce dans la mesure où la procédure se déroule devant l'opinion publique. Il reste qu'en pratique, le Parlement et la majorité éviteront sans doute de cristalliser, par un vote, l'opposition d'une majorité de parlementaires : des contacts auront inévitablement lieu entre les services de la présidence et les responsables des groupes parlementaires. Mais cela met bien en avant l'importance de la position devant l'opinion publique, dont le Parlement devra prendre toute la mesure, et qui constitue pour lui, sans doute, l'arme la plus efficace.

¹ MAZEAUD (P) et SCHRAMECK (O), « Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDP* n°1, 2008, p.21.

CONCLUSION

L'encadrement du pouvoir de nomination du Président de la République est donc une « promesse tenue », puisque la réforme est aujourd'hui pleinement en vigueur. Le résultat est-il à la hauteur de ce qui avait été annoncé par le Président de la République en 2007 ?

Sans doute, la procédure d'encadrement a-t-elle fait, elle-même, l'objet d'un encadrement important. Son champ d'application est sans conteste trop réduit. La majorité qualifiée des trois cinquièmes et le caractère négatif de l'avis vont dans le sens d'une diminution des pouvoirs du Parlement. Le modèle américain n'apparaît comme tel que dans le principe d'un contrôle, et force est de constater que l'inspiration du constituant et législateur français en est bien éloignée.

Mais au-delà de la critique, l'innovation que représente l'intervention du Parlement dans le domaine des nominations présidentielles est à marquer sous l'angle du progrès du principe de transparence, et donc de la Démocratie.

En ce domaine, et à l'issue de ces développements, qu'il soit permis d'exprimer un regret et un espoir. Le regret tient à ce que rien n'a été entrepris pour clarifier les compétences respectives du Président de la République et du Premier Ministre en matière de nomination. La lisibilité de la réforme y perd sans doute beaucoup, et cela a entaché le débat d'un flou juridique pesant sur le travail parlementaire. Cette clarification nous apparaît comme une occasion manquée par la réforme constitutionnelle de 2008, malgré que l'ambiguïté entre ces deux autorités, centrales dans nos institutions, que sont le Président de la République et le Premier Ministre, soit la « marque » de la Vème République.

Quant à l'espoir, il est contenu dans le formidable outil de Démocratie que représente le Parlement. Les pouvoirs insoupçonnés de l'opinion publique laissent à penser que les représentants du peuple sauront l'alerter sur les abus criants qui ont émaillé l'histoire du pouvoir présidentiel de nomination. La séparation des pouvoirs a sans doute gagné en apparaissant de plus en plus comme un système de contre-pouvoirs, sous l'arbitrage suprême de l'opinion publique.

L'optimisme est donc permis, même si la réussite de la réforme, ses développements propices, sont largement dépendants des partis politiques, des parlementaires et de l'exécutif. L'opinion publique devra être attentive à l'application d'une réforme qui s'adresse à elle, par la construction d'une « *République des compétences* ». Elle devra donc faire mentir la sentence de Péguy, formulée ici comme un défi à relever, selon laquelle « *tout commence en mystique, et finit en politique* »¹.

¹ PÉGUY (C), *Notre jeunesse*, Gallimard, Folio jeunesse, p.115.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

• OUVRAGES

- ARDANT (P), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 19^{ème} éd., 2007
- ASSEMBLÉE NATIONALE – SÉNAT, *Les Pouvoirs publics, textes essentiels 2009*, Editions de l'Assemblée Nationale et du Sénat, 14^{ème} éd., juin 2009
- AUBY (J-M), AUBY (J-B), JEAN-PIERRE (D), TAILLEFAIT (A), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009
- BALLADUR (E), *Le Pouvoir ne se partage pas. Conversations avec François Mitterrand*, Fayard, 2009
- CARRÉ de MALBERG (R), *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, Sirey, 1922, 2^{ème} Tome
- CHAGNOLLAUD (D), ss la direction de, *Les 50 ans de la Constitution*, Litec, 2008
- CHANTEBOUT (B), *Droit constitutionnel*, Sirey, 25^{ème} éd., 2008
- CHAPUS (R), « *Droit administratif général* », Tome I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, spéc.p1026 à 1033
- CHAPUS (R), « *Droit du contentieux administratif* », Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008
- COHENDET (M-A), *La cohabitation, leçons d'une expérience*, PUF, 1993
- COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VÈME RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, 4 vol., 1987-2001
- CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Quadrige-PUF, 8^{ème} éd., 2007
- DEBBASCH (C), *Constitution Vè République*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2002, spéc.p.148 à 150
- DEBRÉ (J-L), *Les idées constitutionnelles du Général de Gaulle*, LGDJ, 1974
- DUHAMEL (O) et MENY (Y), ss la direction de, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992
- DUPUIS (G), GUÉDON (M-J), CHRÉTIEN (P), « *Droit administratif* », Sirey, 11^{ème} éd., 2009, spéc.p.485 à 487, et 650
- ESMEIN (A), *Eléments de droit constitutionnel français et comparés*, Editions Panthéon Assas, 1895, p.688 et s.
- FORMERY (S-L), *La Constitution commentée*, Hachette, coll. Les Fondamentaux Droit, 13^{ème} éd. 2010-2011, spéc.p.46-47

- FRANÇOIS (B), *La Constitution Sarkozy*, Odile Jacob, février 2009
- GICQUEL (J) et GICQUEL (J-E), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 22^{ème} éd., 2008, spéc.p.595 et s.
- GODECHOT (J), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, 2006
- GOUAUD-TANDEAU de MARSAC (Ch), *Droit constitutionnel, La Vème République*, Ellipses, coll. Référence Droit, 2005
- GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), ss la direction de, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2010
- LAUVAUX (P), *Les grandes Démocraties contemporaines*, PUF, coll.Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2004
- LE POURHIET (A-M), *Droit constitutionnel*, Economica, coll. Corpus Droit public, 2^{ème} éd. 2008
- LUCHAIRE (F), CONAC (G), PRETOT (X) (ss la dir.), *La Constitution de la République Française*, Economica, 3^{ème} éd., 2009, spéc.p.486 à 499
- MÉNY (Y), SUREL (Y), *Politique comparée, Les Démocraties*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2001
- PACTET (P), SOUCRAMANIEN (F), *Droit constitutionnel*, Sirey, 28^{ème} éd., 2009
- QUERMONNE (J-L), *Les régimes politiques occidentaux*, Seuil, 5^{ème} éd., 2006
- TOINET (M-F), actualisation par KEMPF (H), *La Présidence américaine*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1996
- VALLET (E), *La Présidence des U.S.A*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2005
- ZOLLER (E), *Les Grands Arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010

• RAPPORTS

- COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VÈME RÉPUBLIQUE, « *Une Vème République plus démocratique* », Fayard, La Documentation française, 2007
- DE LA VERPILLIÈRE (C), « *Rapport n°2584 en vue de la lecture définitive du projet de loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Assemblée nationale, 9 juin 2010
- DE LA VERPILLIÈRE (C), « *Rapport n°2495 sur le projet de loi organique, modifié par le sénat en 2^{ème} lecture (n° 2377) relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Assemblée nationale, 5 mai 2010

- DE LA VERPILLIÈRE (C), « *Rapport n°2238 et 2241 sur le projet de loi organique, modifié par le Sénat (n°2195) et le projet de loi, modifié par le Sénat (n°2196) relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Assemblée nationale, 20 janvier 2010
- DE LA VERPILLIÈRE (C), « *Rapport n°1922 et 1923 sur le projet de loi organique (N° 1706) et le projet de loi (N° 1708) relatifs à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Assemblée nationale, 16 septembre 2009
- DE LA VERPILLIÈRE (C), GÉLARD (P), « *Rapport n°2442 et 400 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Assemblée nationale et Sénat, 7 avril 2010
- DE LA VERPILLIÈRE (C), GÉLARD (P), « *Rapports n°2443 et 401 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la constitution* », Assemblée nationale et Sénat, 7 avril 2010
- GÉLARD (P), « *Rapport n°497 sur le projet de loi organique adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article de la Constitution* », Sénat, 26 mai 2010
- GÉLARD (P), « *Rapport n°280 sur le projet de loi organique adopté avec modifications par l'Assemblée nationale et deuxième lecture, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, et le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Sénat, 10 février 2010
- GÉLARD (P), « *Rapport n°141 sur le projet de loi organique adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution et sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* », Sénat, 8 décembre 2009
- HYEST (J-J), « *Rapport n°463 sur le projet de loi constitutionnelle, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, de modernisation des institutions de la V^e République* », Sénat, 10 juillet 2008
- HYEST (J-J), « *Rapport n°387 sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la V^e République* », Sénat, 11 juin 2008

- KERT (C), « *Rapport n°1413 sur le projet de loi organique, modifié par le Sénat, relatif 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* », Assemblée nationale, 28 janvier 2009
- MATHESON (A), « *Etude 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
- 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'Etat* », Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 2007
- WARSMANN (J-L), « *rapport n°1630 sur la proposition de résolution (n° 1546) de M. Bernard Accoyer tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale* », Assemblée nationale, 30 avril 2009
- WARSMANN (J-L), « *Rapport n°1009 sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat (n° 993), de modernisation des institutions de la V^e République* », Assemblée nationale, 2 juillet 2008
- WARSMANN (J-L), « *Rapport n°892 sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République* », Assemblée nationale, 15 mai 2008
- WEISS (J-P), « *L'Encadrement supérieur des administrations de l'Etat : rapport à M. le Premier ministre* », La Documentation française, 1996

• **ARTICLES DE DOCTRINE**

- BEAUD (O), « Le Souverain », *Pouvoirs* n°67, 1993, p.33 et s.
- BOUDON (J), « Le mauvais usage des spectres. La séparation rigide des pouvoirs », *RFDC* n°78, avril 2009, p.247 et s.
- CARCASSONNE (G), « Les membres du Conseil constitutionnel:1958-2008 », actes du Colloque du 3 novembre 2008, « 50^{ème} anniversaire du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors série 2009, p.10 et s.
- CARCASSONNE (G), « Introduction », *LPA* n°97, 14 mai 2008, p.8
- CHEVALIER (M), « La fonction rectorale. La fin des recteurs inamovibles », *RA* 1977, p.9 et s.
- DE MONTECLER (M-C), « Contrôle des nominations : l'Assemblée tranche », *AJDA* 2010, p.1176

- DE MONTECLER (M-C), « Contrôle des nominations : le désaccord entre sénateurs et députés persiste », *AJDA* 2010, p.1061
- DORD (O), « Vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur du Parlement », *RFDC* n°77, janvier 2009, p.107 et s.
- FROMONT (M), « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n°15, 2003, p.90 et s.
- FROMONT (M), « Entretien avec M. le Professeur Hans-Jürgen Papier », *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n°15, 2003, p.102 et s.
- GEORGEL (J), « Président de la République », fasc.100, *J-CI adm.*
- GHEVONTIAN (R), « La révision de la Constitution et le Président de la République : l'hyperprésidentialisation n'a pas eu lieu », *RFDC* n°77, janvier 2009, p.119 et s.
- GICQUEL (J), « L'article 25 », *LPA* n°97, 14 mai 2008, p.75
- IDOUX (P), ROMBAUTS (T), « RENAULT, EDF et autres : l'entreprise à participation publique au cœur de l'actualité », *DA* avril 2010, p.12 et s.
- LALUMIERE (P), « Les hauts fonctionnaires », *D.*1959, chr. p.241
- LAVIGNE (P), « Article 13 », in LUCHAIRE (F), CONAC (G) (ss la dir.), *La Constitution de la République Française*, Economica, 2^{ème} éd., p.87 et s.
- LE POURHIET (A-M), « L'article 4 », *LPA* n°97, 14 mai 2008, p.17
- LUCHAIRE (F), « Le Conseil constitutionnel et les nominations en Conseil des Ministres », *RDP* Juillet-Août 1995, p.I
- MARKUS (J-P), « De l'effet juridique de la parole politique...et inversement », *JCP A* n°27, 5 juillet 2010, p.2
- MAZEAUD (P) et SCHRAMECK (O), « Rapport de la Commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDP* n°1, 2008, p.5, spéc.p.19 à 21
- MENON (M), « La Cour suprême de l'Inde : statut, pouvoir juridictionnel et rôle dans la gouvernance constitutionnelle », *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n°27, 2009, p.73 et s.
- PINON (S), « L'encadrement des pouvoirs de nomination du Président : « l'essentiel » dans la réforme du 23 juillet 2008 », *DA* février 2009, p.7 et s.
- SAUVÉ (J-M), « La revalorisation des Parlements ? », intervention lors de la Journée d'étude organisée par La Société de législation comparée, 19 mars 2010
- SCHRAMECK (O), « Influences politiques et garanties juridiques », *AJDA* 1994, p.429 et s.
- SILVERA (V), « Réflexions sur les autorités investies du pouvoir de nomination des fonctionnaires », *RA* 1970, p.543-544

- VEYRET (J), « L'autorité investie du pouvoir de nomination des fonctionnaires de l'Etat », *RFDA* 1992, p.881 sq. p.883
- VIDAL-NAQUET (A), « Un Président de la République plus « encadré » », *JCP G*, n°31-35, 30 juillet 2008, p.28 et s.
- YAROULOVNA KHABRIEVA (T), « Le statut constitutionnel du Président de la Fédération de Russie », *RFDC* n°81, janvier 2010, p.105 et s.
- YOLKA (Ph), « Le pouvoir de nomination du chef de l'Etat sous la Vème République », *RDP* 1999, p.719 et s.

• ARTICLES DE PRESSE

- BACQUÉ (R), « Gardien du pouvoir », *Le Monde*, Jeudi 25 février 2010, p.19
- BACQUÉ (R), PSENNY (D), « Rémy Pflimlin, l'inattendu patron de France Télévisions », *Le Monde*, Mardi 6 juillet 2010, p.12
- LE PARMENTIER (A), ROGER (P), « Nicolas Sarkozy poursuit la politique d'ouverture au Conseil constitutionnel », *Le Monde*, Jeudi 25 février 2010, p.10
- ROGER (P), « Désaccord Assemblée-Sénat sur les nominations présidentielles », *Le Monde*, Vendredi 9 avril 2010, p.13

• CHRONIQUES, CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- CHAUVAUX (D), GIRARDOT (T-X), « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 1997, p.142 et s., spéc.p.152 à 156
- HONORAT (E) et BAPTISTE (E), « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 1990, p.90 et s.
- LE POURHIET (A-N), note ss CE 10 septembre 1992, *Meyet et Galland*, *RDP* 1992, p.1822
- MASSOT (J), concl. sur CE 20 mars 1981, *Syndicat général de l'Éducation nationale*, *RDP* 1981, p.1454 et s.
- RAYNAUD (F), FOMBEUR (P), « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 1999, p.401 et s., spéc.p.414 à 420
- ROUSSEAU (D), GAHDOUN (P-Y), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009 », *RDP* 2010, p.261 et s., spéc.p.282-283
- SCHOETTL (J-E), « Chronique : décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA* 1998, p.305 et s., spéc.p.305 à 308
- VIEL (M-T), note ss CE 23 mars 1994, *Comité d'entreprise de la Régie nationale des usines Renault* ; CE 27 avril 1994, *Allamigeon et Pageaux*, *AJDA* 1994, p.904 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	- 3 -
SOMMAIRE	- 7 -
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	- 9 -
INTRODUCTION GÉNÉRALE	- 13 -
TITRE 1 - UNE RÉFORME ATTENDUE ET JUSTIFIÉE	- 25 -
CHAPITRE 1 - UNE RÉFORME INSPIRÉE: L'INFLUENCE DES MODÈLES ÉTRANGERS	- 27 -
SECTION 1- Le régime présidentiel, un modèle de contrôle non absolu	- 28 -
§1- Les Etats-Unis : le modèle du contrôle parlementaire.....	- 28 -
A) Les nominations, une compétence présidentielle très étendue.....	- 29 -
1- Une habilitation constitutionnelle très large.....	- 29 -
2-La conséquence : une politisation accrue des nominations	- 30 -
B) Le Sénat américain, censeur de la volonté présidentielle.....	- 30 -
1- Une compétence du Sénat très étendue	- 31 -
a) Un champ de contrôle très large.....	- 31 -
b) La procédure d'encadrement : une véritable compétence partagée	- 31 -
2-La nécessaire pratique du compromis.....	- 32 -
a)Un compromis facteur de politisation	- 32 -
b)L'exemple de la nomination des magistrats, paroxysme de la politisation.....	- 33 -
§2 - Une importation imparfaite par les régimes présidentiels.....	- 34 -
A) La constante : un contrôle exercé par le pouvoir législatif.....	- 34 -
1- Le Président, autorité de nomination.....	- 35 -
2- La reconnaissance systématique d'un pouvoir de contrôle au profit du pouvoir législatif.....	- 35 -
B) Un champ de contrôle limité constitutionnellement.....	- 35 -
1- Une compétence constitutionnelle limitative.....	- 36 -
2- Une compétence non maîtrisée par le pouvoir législatif.....	- 36 -
SECTION 2 - L'adoption d'une procédure de contrôle par les régimes parlementaires	- 37 -
§1 - Un champ de contrôle plus limité : l'impossible équilibre.....	- 38 -
A) Un large pouvoir de nominations réservé au pouvoir exécutif.....	- 38 -

1- Une compétence du chef de l'Etat	- 38 -
2- Le champ des nominations du chef de l'Etat : entre compétence de droit commun et compétence d'attribution	- 39 -
B) La compétence parlementaire : un contrôle limité à certaines nominations	- 39 -
1- Le contrôle parlementaire, procédure d'exception	- 40 -
2- Le Royaume-Uni, l'ambition d'une extension du contrôle	- 40 -
§2 – Une compétence parlementaire sans unité procédurale	- 41 -
A) L'organe parlementaire compétent : une attribution au cas par cas	- 41 -
1- Le choix de la chambre compétente	- 42 -
2- L'attribution de la compétence au sein des assemblées	- 42 -
B) Les divergences procédurales, facteur de distinction des pouvoirs parlementaires.....	- 43 -
1- La procédure de contrôle : des réalités multiples	- 43 -
a) Vers un principe d'audition publique.....	- 43 -
b) Des règles de majorité favorables au Parlement	- 44 -
c) La faiblesse : un avis simple.....	- 44 -
2- La nomination des membres des Cours constitutionnelles, procédure de co-décision.....	- 45 -
CHAPITRE 2 - UNE RÉFORME ATTENDUE	- 49 -
SECTION 1 - Un contexte juridique et politique favorable à la mise en place d'une procédure de contrôle.....	- 50 -
§1 - Les évolutions récentes du parlementarisme bridé.....	- 50 -
A) Un Parlement initialement absent de la procédure de nomination	- 51 -
1- L'absence de contrôle par le Parlement, des arguments dépassés	- 51 -
a) La séparation des pouvoirs, obstacle fictif	- 51 -
<i>i-La séparation des pouvoirs: le choix d'une compétence propre</i>	<i>- 51 -</i>
<i>ii-Un principe de séparation des pouvoirs détourné de sa portée</i>	<i>- 52 -</i>
b) Le refus de la politisation des nominations, obstacle tenace.....	- 52 -
2- Un Parlement, acteur secondaire	- 53 -
B) La tendance récente à la procédure d'avis parlementaire	- 54 -
1- Une procédure récente	- 54 -
2- Une procédure insuffisamment développée.....	- 55 -
§2 - L'existence d'un consensus politique en faveur d'une réforme	- 56 -
A) Un contexte de campagne électorale, facteur d'accélération de la réforme	- 56 -
B) Les promesses d'un candidat élu	- 57 -
1-La nécessaire réforme des compétences du Président de la République	- 58 -
2-Vers « <i>une République des compétences</i> »	- 58 -
SECTION 2 - La traduction juridique d'une volonté politique.....	- 59 -
§1 – La proposition du « Comité Balladur », une procédure favorable au Parlement.....	- 60 -
A) Le champ d'application proposé : souplesse d'une limitation annoncée	- 60 -
1- La proposition d'une procédure d'exception.....	- 61 -

a) Un choix effectué en amont.....	- 61 -
b) Le respect du souhait présidentiel : une procédure d'exception	- 61 -
2- La préservation d'une certaine souplesse	- 62 -
a) Un encadrement constitutionnel souple	- 62 -
<i>i-La « protection des libertés »</i>	- 63 -
<i>ii-La « régulation des activités économiques »</i>	- 63 -
<i>iii-La « fonctionnement des services publics »</i>	- 63 -
b) Le renvoi à la loi organique, une compétence législative retrouvée	- 64 -
<i>i- Une compétence législative préservée</i>	- 64 -
<i>ii- La proposition d'une liste indicative par le Comité : une audace prudente</i>	- 64 -
B) La procédure proposée : l'ambition d'un contrôle effectif	- 65 -
1-L'organe compétent : la création d'une commission <i>ad hoc</i>	- 65 -
a) La commission <i>ad hoc</i> , gage d'une représentation équitable	- 65 -
b) Les difficultés d'une commission <i>ad hoc</i>	- 66 -
2-L'avis de la commission, les tiraillements d'un équilibre	- 67 -
a) Le choix d'une large publicité, gage de transparence	- 67 -
<i>i-La publicité de l'audition</i>	- 68 -
<i>ii-La publicité de l'avis</i>	- 68 -
b) Des conditions de majorité efficaces, mais une portée incertaine.....	- 68 -
<i>i- Une règle de majorité favorable au Parlement</i>	- 68 -
<i>ii- Une portée incertaine de l'avis émis</i>	- 69 -
§2 – La proposition à l'épreuve du constituant : entre continuité et divergences.....	- 70 -
A) Un champ d'application favorable au législateur organique, élément de continuité.....	- 71 -
1- Un champ d'application « organique » précisé	- 72 -
2- Un champ d'application « matériel » élargi	- 73 -
a) De la « protection des libertés » à la « garantie des droits et libertés », une précision utile sans portée majeure	- 73 -
<i>i-De la « protection » à la « garantie », termes différents, réalités semblables</i>	- 73 -
<i>ii- La garantie des « libertés » et des « droits », deux notions liées</i>	- 74 -
b) La « vie économique et sociale de la nation », souplesse d'une notion vague	- 75 -
B) La procédure adoptée, le « verrouillage » constitutionnel.....	- 76 -
1- Le choix d'une procédure constitutionnelle, élément de rationalisation	- 76 -
2-Les divergences procédurales	- 77 -
a) Le choix des commissions parlementaires permanentes	- 77 -
<i>i-Un choix politique : un Sénat soucieux de ses prérogatives.....</i>	- 77 -
<i>ii-Un choix pratique : la spécialisation</i>	- 79 -
b) Le choix d'une majorité qualifiée	- 79 -
c) Le silence sur le caractère public de l'audition	- 80 -

TITRE 2 - UNE RÉFORME CENTRALE CONDITIONNÉE PAR LA PRATIQUE ... - 83 -

CHAPITRE 1 – L'INTERVENTION DES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES, UNE AVANCÉE INCONTESTABLE..... - 85 -

SECTION 1- La procédure avant le vote, le choix de la transparence..... - 86 -

§1- La définition des commissions compétentes, l'adéquation des compétences en question

A) Les principes directeurs pour une procédure transparente

1- Dépasser les divergences entre assemblées en préservant leur autonomie.....	- 87 -
a) Les divergences entre assemblées	- 87 -
b) Une intervention des commissions définie « matériellement ».....	- 88 -
2- Des choix guidés par la transversalité des nominations	- 88 -
a) Le domaine de l'environnement, le choix d'une vision restrictive	- 89 -
b) De la « recherche » à la « recherche appliquée ».....	- 90 -
B) Des divergences « insurmontables », plaçant pour une unification	- 91 -
1- Une répartition déséquilibrée entre les commissions	- 91 -
a) La répartition à l'Assemblée nationale, une répartition équilibrée	- 91 -
b) La répartition au Sénat, un déséquilibre manifeste	- 92 -
2- Les conséquences du déséquilibre sur la procédure de contrôle.....	- 92 -
a) Un nécessaire effort d'organisation.....	- 92 -
i- Des nominations éparses	- 93 -
ii- Une réactivité des commissions.....	- 93 -
iii- Le refus d'un contrôle dans l' « urgence ».....	- 94 -
b) Les conséquences sur le principe d'adéquation des compétences	- 94 -
§2- L'audition publique, un principe de transparence nécessaire.....	- 95 -
A) La reconnaissance tardive du principe de l'audition publique	- 95 -
1- Le risque de divergences entre assemblées.....	- 96 -
a) Une jurisprudence constitutionnelle, source de divergences.....	- 96 -
b) Une importante marge de manœuvre laissée aux assemblées.....	- 96 -
i- Un risque de divergence entre assemblées.....	- 96 -
ii- Un risque de divergences entre les différentes nominations	- 97 -
2- Le principe législatif de l'audition publique.....	- 97 -
a) La valeur législative du principe	- 97 -
b) Les arguments de la transparence	- 98 -
i- La nécessité d'une procédure uniforme.....	- 98 -
ii- Des emplois importants justifiant une audition publique.....	- 98 -
B) Les limites à la publicité des auditions	- 99 -
1- Un principe assorti d'exceptions « classiques »	- 99 -
2- Les limites tenant à la pratique	- 100 -
a) Une publicité non synonyme de médiatisation.....	- 100 -
b) La publicité au service de la discipline partisane.....	- 101 -
SECTION 2- Les modalités du scrutin, nécessité d'une procédure uniforme	- 102 -
§1- Les délégations de vote, point de tensions	- 102 -
A) La question des délégations de vote, des arguments pratiques et juridiques évincés.....	- 103 -
1- Les arguments liés au bon déroulement de la procédure	- 103 -
a) Une interdiction au nom de l'uniformité, un argument à double sens	- 104 -
b) La possibilité de délégation, un élément de « souplesse »	- 104 -
2- Des arguments juridiques tenant à l'interprétation de la Constitution.....	- 105 -
a) La délégation de vote, pratique « exceptionnelle »	- 106 -
b) Une jurisprudence du Conseil constitutionnel respectueuse de la hiérarchie des normes -	106 -
-	
B) La question des délégations de vote, une question liée à l'autonomie des chambres.....	- 108 -
§2- Le dépouillement simultané du scrutin, élément nécessaire.....	- 109 -
A) La volonté d'éviter des pressions entre assemblées	- 110 -

B) Le nécessaire respect de l'unicité de l'avis.....	- 111 -
CHAPITRE 2 : UNE PORTÉE RÉELLE DE LA RÉFORME À DÉFINIR.....	- 113 -
SECTION 1- Des pouvoirs de contrôle limités	- 113 -
§1- Un encadrement souple mais inexploité du champ d'application	- 114 -
A) Un législateur organique exerçant sa compétence.....	- 114 -
1- Des critères d'établissement de la liste en faveur de l'efficacité de la réforme.....	- 114 -
a) Des emplois ou fonctions « <i>importants pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation</i> ».....	- 114 -
b) Le critère de l'effectivité du pouvoir de direction.....	- 115 -
c) Le critère de la compétence de nomination du Président de la République.....	- 116 -
d) Le critère de l'existence de garanties suffisantes	- 116 -
2- Une extension limitée de la liste des nominations soumises à contrôle	- 117 -
a) Les ajouts des parlementaires, des éléments peu discutés.....	- 117 -
b) Le refus d'inclure certaines nominations	- 118 -
i- <i>Les refus justifiés par le non-respect des « critères »</i>	- 118 -
ii- <i>Des refus non justifiés : la découverte d'un « nouveau » critère</i>	- 119 -
B) Le résultat : un champ d'application en-deçà des ambitions de la réforme.....	- 120 -
1- Une liste limitée de nominations soumises à contrôle.....	- 121 -
a) Une liste éparse d'emplois essentiels	- 121 -
i- <i>Des emplois de très grande importance</i>	- 121 -
ii- <i>Essai de classification</i>	- 121 -
b) Le refus d'une liste « pléthorique ».....	- 123 -
2- Une extension peu probable du champ d'application	- 124 -
§2- La rationalisation du contrôle : un pouvoir de veto limité	- 125 -
A) Un pouvoir d'opposition très encadré	- 125 -
1- Un simple droit d'opposition	- 126 -
2- Des conditions de majorité très strictes	- 126 -
a) Des conditions échappant au Parlement.....	- 127 -
b) La majorité qualifiée : les arguments de la rationalisation.....	- 127 -
i- <i>Le rejet de la politisation : un argument démenti</i>	- 127 -
ii- <i>Une majorité qualifiée, alliée nécessaire du vote négatif</i>	- 128 -
B) Les limites tenant au fait majoritaire	- 129 -
1- La concordance des majorités : un veto de « crise »	- 129 -
2- Les hypothèses de cohabitation : des conflits peu probables.....	- 130 -
SECTION 2 - La portée de l'avis, un élément soumis à la pratique.....	- 132 -
§1- Forces et faiblesses d'un avis <i>a priori</i>	- 133 -
A) Une intervention préventive : élément de responsabilisation du Parlement.....	- 133 -
B) Les difficultés d'un candidat « pressenti » : l'effectivité du contrôle en question	- 134 -
1- L'avis sur un renouvellement : l'efficacité maximale du contrôle	- 134 -
2- L'avis sur un candidat « extérieur » : difficultés d'un contrôle efficace	- 136 -
a) Des difficultés liées aux attentes des parlementaires	- 136 -
b) Des difficultés liées à la nature des emplois concernés	- 137 -

§2- Une portée pratique de l’avis sous-estimée	- 138 -
A) La portée juridique de l’avis : le contrôle du juge administratif	- 139 -
1- La nomination des membres du Conseil constitutionnel : un acte de gouvernement	- 139 -
a) Une jurisprudence écartant l’accès au juge	- 139 -
b) Une évolution souhaitable.....	- 140 -
<i>i- L’obstacle à l’évolution jurisprudentielle : la pluralité d’autorités de nomination</i>	- 140 -
<i>ii- Une juridictionnalisation nécessaire</i>	- 141 -
2- L’avis des commissions parlementaires, un avis sanctionné par le juge administratif.....	- 142 -
a) L’intervention des commissions parlementaires : un avis conforme obligatoire	- 142 -
<i>i- L’avis des commissions parlementaires, un avis obligatoire</i>	- 142 -
<i>ii- Un avis conforme</i>	- 143 -
b) La sanction de la méconnaissance de l’avis, un vice de compétence.....	- 143 -
<i>i- La sanction sur le fondement du vice de procédure</i>	- 144 -
<i>ii- La sanction sur le fondement du vice de compétence</i>	- 144 -
B) La portée politique de l’avis : le contrôle de l’opinion publique.....	- 145 -
 CONCLUSION	 - 147 -
 BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	 - 149 -

Collection des mémoires de l'Equipe de droit public de Lyon

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**
Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**
Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**
Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master II Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.
- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**
Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**
Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**
Thomas Billet, Mémoire pour le Master II Recherche finances publiques et fiscalité, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**
Christophe Roux, Mémoire pour le Master II Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.
- **N° 8 Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne - Ambitions et réalité**
Loïc Robert, Mémoire pour le Master II Recherche droit public fondamental, sous la direction de Christine Ferrari-Breuer, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 9 La protection du ciel nocturne - Le droit de l'environnement et la pollution lumineuse**
Adeline Meynier, Mémoire pour le Master II Recherche droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 10 La protection de la biodiversité à Lyon**
Mélanie Daipux, Mémoire pour le Master II Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 11 Protection et gouvernance de l'eau dans le bassin versant de la Drôme**
Julia Gudefin, Mémoire pour le Master II Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 12 La collégialité et les juridictions administratives à compétence générale**
Yvan Herzig, Mémoire pour le Master II Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 13 La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel**
Fanny Tarlet, Mémoire pour le Master II Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 14 Forêt et droit international - Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts**
Antoine Chatenet, Mémoire pour le Master II Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Stéphane Doumbé-Billé, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

**Imprimé par le Service Édition
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**