HAL
open science

Réflexions sur le statut de la charte du conjoint de chef de l'État

Lionel Zevounou

To cite this version:

Lionel Zevounou. Réflexions sur le statut de la charte du conjoint de chef de l'État. Droit administratif, 2020, n°8-9. hal-02915661

HAL Id: hal-02915661

https://hal.science/hal-02915661v1

Submitted on 15 Aug 2020

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

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

Président de la République - Réflexions sur le statut de la charte du conjoint de chef de l'État - Etude par Lionel ZEVOUNOU

Document: Droit Administratif n° 8-9, Août 2020, étude 10

Droit Administratif n° 8-9, Août 2020, étude 10

Réflexions sur le statut de la charte du conjoint de chef de l'État

Etude par Lionel ZEVOUNOU maître de conférences en droit public à l'université Paris Nanterre

Accès au sommaire

Cette étude revient sur un sujet anodin en apparence, le contrôle de la charte de transparence relative au statut du conjoint du chef de l'État. Pourquoi s'attarder, dans la période actuelle, sur cet arrêt ? Simplement pour essayer de montrer que le raisonnement qu'il propose participe d'une tendance de fond à intégrer peut-être trop rapidement au sein de la « légalité administrative », un certain nombre de décisions qui ne s'y prêtent qu'en apparence. Cette facilité de langage interroge le sens doctrinal du concept de légalité administrative qui constitue un élément essentiel d'un État de droit.

1. - Comme plusieurs candidats avant lui, Emmanuel Macron s'était engagé, durant sa campagne présidentielle, à « dépoussiérer » plusieurs vieilles habitudes héritées de ses prédécesseurs. De ce point de vue, l'actuel locataire de l'Élysée, ne fait nullement exception au vent de « post-modernisme » en trompe-l'œil dont les expressions varient depuis près de 10 ans selon les éléments de langage employés : « président normal », « président décomplexé », « Jupiter », etc. Cette fois-ci, le Président de la République a souhaité clarifier le rôle du conjoint du chef de l'État au moyen d'une « Charte »[Note 1]. Un tel souci de transparence ne peut que rassurer le commun des mortels sur le « nouveau monde » tant promis durant la campagne présidentielle.

2. - Les esprits critiques verront sans doute dans cette volonté de clarification, un indice supplémentaire que la personnalisation du pouvoir, plus que jamais présente dans notre République, s'accommode désormais de l'adage : *accessorum sequitur naturam rei principale*. Le conjoint du président ne bénéficierait, en d'autres mots, d'aucun statut que celui créé par la volonté du président lui-même : autre indice, si l'on voulait s'en convaincre encore, de la personnalisation tant décriée par certains de l'exercice du pouvoir sous la Ve République[Note 2].

3. - Au diable d'ailleurs l'ire qu'une telle mesure pourrait susciter chez celles et ceux qui estiment qu'il s'agit là d'un paternalisme d'un autre âge...[Note 3]

4. - À peine élu, le président s'est donc engagé à mettre fin à « l'hypocrisie » autour du rôle du conjoint du chef de l'État. Une charte octroyée à ses « sujets » dans un souci de transparence – que le lecteur veuille bien nous pardonner ici notre mauvais esprit – a donc été publiée sur le site de l'Élysée le 21 août 2017[Note 4]. Elle s'intitule très précisément : « Charte de transparence relative au statut du conjoint du Chef de l'État ». Le document comprend deux rubriques.

5. - La première relative au « [...] rôle public et [aux] missions du conjoint du Président de la République » ; la seconde définit « les moyens alloués au conjoint du Président de la République ». La charte est accompagnée de deux paragraphes explicatifs précisant que : « Le conjoint du Président de la République exerce, en vertu tant de la tradition républicaine que de la pratique diplomatique, un rôle de représentation, de patronage et d'accompagnement du Chef de l'État dans ses missions. Aucun texte juridique ne codifie ce rôle. Dans une préoccupation de transparence démocratique, la présente charte a toutefois vocation, pour la première fois, à clarifier et à rendre publics tant la mission du conjoint du Chef de l'État que les moyens qui sont alloués pour la remplir ». Parmi les possibilités normatives qui s'offraient (proposition de loi, adoption d'un décret), le cabinet de l'Élysée a fait le choix de la prudence, en adoptant la présente charte, dénuée *a priori* de tout caractère normatif : ce que la charte s'empresse de préciser explicitement. Sans doute l'adoption d'une charte a-t-elle été motivée afin d'éviter toute forme d'action contentieuse susceptible d'être instrumentalisée à des fins politiques. Deux requérants perspicaces ont pourtant décidé d'introduire un recours contentieux par voie d'action à l'encontre de cette charte devant le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort des actes réglementaires pris par le Président de la République.

6. - Dans la présente affaire, les requérants contestaient par voie d'action, à la fois la légalité de la charte publiée sur le site de l'Élysée et le communiqué de presse l'accompagnant. Tout en se reconnaissant compétent, le juge administratif rejette le recours. La charte ne comporte, selon ce dernier, aucune disposition normative. Formulé dans la rédaction du Conseil d'État, « la Charte de transparence [...] n'édicte aucune règle à caractère général et permanent »[Note 5]. Plus précisément encore, le juge administratif considère que l'acte attaqué ne fait pas grief.

7. - Le juriste est interpellé par au moins deux observations. La première est qu'il n'existe dans notre ordre juridique, ainsi que l'indique d'ailleurs le contenu de la charte, aucune norme, législative ou constitutionnelle, encadrant le statut du conjoint du chef de l'État. La seconde observation est plus classique, elle consiste à interroger la qualification juridique d'un tel acte.

8. - En l'espèce, l'arrêt rendu par les 2e et 7e chambres réunies, ne reconnaît aucune forme de normativité à la présente charte. Ce faisant, la décision rendue apparaît critiquable.

9. - Tel que le renseignent depuis plusieurs années les sciences sociales, le concept de transparence est lié tant au « souci de soi » qu'à la légitimation du pouvoir administratif[Note 6]. Aussi, l'efficacité de l'action administrative n'est-elle pas dissociable de l'activité de « rendre compte » ou rendre des comptes, corollaire du discours sur la transparence administrative. Rendre compte signifie, entre autres : produire d'un point de vue comptable et financier des informations accessibles à tout un chacun – ou potentiellement – ce que prévoit fort heureusement la charte relative au statut du conjoint du chef de l'État : « Les moyens financiers nécessaires à l'exercice de cette fonction figurent dans le budget de la Présidence. Les coûts de fonctionnement associés au conjoint du Chef de l'État feront l'objet d'une présentation transparente dans la comptabilité analytique de l'Élysée, soumise au contrôle de la Cour des Comptes qui en rendra compte publiquement par un rapport spécifique ». Mais rendre compte signifie aussi – on l'oublie plus souvent malheureusement – faire l'objet pour le pouvoir exécutif d'un contrôle parlementaire dans l'esprit de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de sorte que le principe de transparence est supposé, du moins si on lui cherche une quelconque cohérence normative, s'inscrire au sein d'une certaine conception de l'État et de la légalité administrative.

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

10. - Sur ce dernier point, le Conseil d'État a sans doute manqué d'inscrire son raisonnement dans une conception rigoureuse de la légalité administrative[Note 7]. Mieux : on peine à voir, dans l'arrêt rendu, ne serait-ce qu'une application minimale de la légalité administrative, entendue comme le rapport de compatibilité d'un acte administratif à un énoncé législatif plus général. Bien que rendu en 2018, le présent arrêt permet d'entamer une réflexion plus générale, au-delà de la charte relative au statut de conjoint du chef de l'État, sur le contrôle des actes de droit souple pris par ce dernier. Aucun énoncé général n'habilite en effet le Président de la République à définir le statut de son conjoint. Partant, se pose la question du fondement normatif utilisé en l'espèce par le juge dans cette affaire. Trois points seront discutés en l'occurrence. Le premier revient sur la recevabilité du recours **(1)** ; le second discute le raisonnement proposé par la Haute Juridiction **(2)** ; le troisième point se fonde sur un concept doctrinal de légalité administrative pour critiquer la solution retenue en l'espèce **(3)** .

1. La recevabilité du recours, au cœur du régime des actes pris par le Président de la République

11. - Si la publication d'une charte relative au statut du conjoint du Chef de l'État peut paraître inédite, un tel acte s'insère dans le régime plus général des actes pris par le président de la République. Ce régime est varié : il comprend autant des actes qui échappent au contentieux que des actes – de plus en plus nombreux – contrôlés par le juge. La compétence ou l'incompétence du juge est déterminée par l'appartenance ou l'exclusion du champ d'application des actes relevant des « relations entre pouvoirs constitutionnels » : autre manière de justifier l'existence toujours discutable de la catégorie d'acte de gouvernement[Note 8].

12. - On a coutume de présenter le régime de ce dernier type d'acte comme allant dans le sens de leur restriction, ainsi que l'illustre la présente affaire. L'affirmation est vraie s'il faut comprendre que le champ d'application des actes de gouvernement demeure désormais circonscrit aux seuls actes qui s'inscrivent directement dans les rapports entre fonctions exécutive et législative ainsi que les relations internationales[Note 9]. Bien qu'imputée aux pouvoirs que détient le Président de la République, le juge estime, sans surprise, que la charte relative à la transparence relative au statut du conjoint du chef de l'État ne relève pas des « relations entre pouvoirs constitutionnels »[Note 10]. Aussi, au regard du Code de justice administrative, le Conseil d'État se trouvait-il compétent en premier et dernier ressort pour juger de la légalité de la charte attaquée. Cette lecture *a contrario* s'étend aux différents actes relevant de la gestion courante de la présidence de la République : nomination, d'attribution de subvention, fleurissement d'une tombe et désormais charte de transparence relative au conjoint du chef de l'État...

13. - Si elle est désormais présentée de manière linéaire, une telle solution contentieuse n'est pas toujours allée de soi. Elle s'est imposée à vrai dire, à la faveur de la décision du 27 novembre 2000, Association Tous Frères. Contre l'interprétation des juges du fond et les conclusions du commissaire du gouvernement, les 9e et 10e sous-sections réunies ont estimé que les actes pris par le Président de la République et destinés à fleurir la tombe du maréchal Pétain étaient susceptibles de recours contentieux. On rappellera qu'une interprétation concurrente prévalait, selon laquelle certains actes pris par le président pouvaient, sur le modèle du régime des mesures d'ordre intérieur, être considérés comme ayant une portée à ce point minime qu'ils n'étaient pas susceptibles de recours contentieux[Note 11]. Dans ce dernier cas de figure, le juge se déclarait compétent ; en revanche, la nature de la décision qu'il rendait devenait en pratique insignifiante pour la partie lésée.

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

14. - Une dernière difficulté devait encore être surmontée concernant la compétence du juge administratif. Elle tenait à la forme de l'acte édicté, en l'occurrence une charte. Nous avons en effet fait référence au Code de justice administrative au regard d'une lecture extensive de l'article R. 311-1. Cette disposition reconnaît la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort à l'encontre des ordonnances et décrets pris par le Président de la République. Il est utile de signaler à ce stade que l'arrêt rendu le 12 octobre 2018 ne mentionne, dans les visas retenus, qu'une vague référence au « Code de justice administrative ». Or, à strictement parler, l'article R. 311-1 n'habilite nullement la compétence du Conseil d'État s'agissant d'une simple charte. En réalité, l'interprétation extensive faisant rentrer dans le champ de compétence du Conseil d'État l'ensemble des actes édictés par le Président de la République remonte à l'arrêt Avrillier[Note 12]. On se souvient que, dans cet arrêt, était contestée la nomination au poste de conseiller du Président de la République d'un ancien fonctionnaire par voie d'arrêté et non de décret. Par une interprétation élargie de l'article R. 311-1, le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, avait alors proposé d'étendre la compétence du Conseil d'État à l'ensemble des actes pris par le Président de la République. Suivant ce raisonnement, le Conseil d'État s'est déclaré compétent dans cette affaire, tout en déniant au requérant la qualité pour agir en l'espèce. C'est à l'aune de cette même ligne jurisprudentielle que le Conseil d'État s'est reconnu compétent du recours exercé à l'encontre de l'attribution par le Président de la République d'une subvention controversée de 150 000 euros à la commune de Donzère[Note 13]. Cette ligne extensive a récemment fait l'objet d'une tentative de justification discutable à la faveur du recours contentieux dirigé à l'encontre d'un arrêté commun de nomination de conseillers nommés au cabinet du Président de la République et du Premier ministre[Note 14]. Discutable, le raisonnement proposé au soutien de cet arrêt l'était, en effet, dans la mesure où le rapporteur public proposait de maintenir une ligne jurisprudentielle extensive pour des raisons de simple « opportunité ». Cela revenait implicitement à assimiler un décret ou une ordonnance à l'ensemble des actes pris par le Président de la République. L'interprétation extensive proposée par le Conseil d'État n'est donc possible qu'au prix d'une analogie discutable aboutissant à faire comme si l'ensemble des actes pris par le Président de la République avaient la même valeur hiérarchique, on y reviendra.

15. - Le contentieux des actes pris par le Président de la République est essentiellement porté par des personnes morales (associations généralement)[Note 15]. S'agissant des actes adoptés par le Président de la République, la jurisprudence a toujours oscillé entre une reconnaissance élargie de l'intérêt à agir[Note 16], tout en essayant de mettre des bornes à un tel libéralisme lorsque le juge se refuse à faire de son prétoire le jeu d'une « instrumentalisation » à des fins explicitement politiques[Note 17]. La reconnaissance de l'intérêt aux personnes physiques apparaît encore plus délicate. À dire vrai, peu d'arrêts dont celui d'espèce, statuent sur ce point.

16. - Dans l'arrêt « Commune de Donzères », le juge rejette l'intérêt à agir eu égard à la qualité de parlementaire du requérant dont l'objet du recours visait à annuler la décision d'attribution d'une subvention octroyée par le Président de la République[Note 18] ; le même raisonnement prévaut dans l'arrêt Avriller où le juge rejette les qualités pour agir avancées par le requérant. Ce dernier, invoquait pas moins de 13 qualités à agir devant le juge en lien avec son statut d'élu local. Toutes ont été pourtant écartées au motif qu'elles étaient sans lien direct avec l'arrêté de nomination attaqué. Dans l'arrêt d'espèce, le juge estime que la charte de transparence relative au conjoint du Chef de l'État ne comporte aucune conséquence normative.

2. La charte attaquée ne fait pas grief : appréciation du raisonnement

17. - En publiant un rapport consacré au droit souple[Note 19], le Conseil d'État mettait en scène comme souvent, l'annonce d'un changement futur de politique jurisprudentielle[Note 20]. Deux arrêts d'assemblée suivirent 3 années plus tard consacrant la recevabilité, sous certaines conditions, d'actes de droit souple[Note 21]. Le raisonnement posé par le

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Conseil d'État dans cette matière comme dans d'autres est de nature conséquentialiste : il prend en considération les effets de l'acte examiné sur les destinataires auquel il s'adresse[Note 22]. Si le juge estime que l'acte en cause comporte des conséquences normatives, il requalifie la disposition examinée comme susceptible de recours. Naturellement, cette présentation idéelle ne correspond qu'imparfaitement à l'état actuel du droit positif[Note 23]. Une lecture de la seule décision d'espèce donne à penser que le juge n'aurait pas recherché les effets éventuels de l'acte attaqué. L'éclairage des conclusions rendues par le rapporteur public dénote une telle analyse. Sur la forme, il estime dans un premier temps que la charte de transparence relative au conjoint du chef de l'État ne comporte, ainsi que l'indique le texte, « aucun droit ou obligation ». En second lieu, le rapporteur public observe que le support de la charte attaquée se limite à une « page du site internet de l'Élysée ». On peut s'étonner à ce stade d'une appréciation aussi formaliste, essentiellement limitée à l'énoncé de la charte. L'étonnement prend racine au regard de la cohérence de la jurisprudence développée par le Conseil d'État en matière de droit souple ces dernières années. Alors même que l'institution s'est engagée depuis plusieurs années dans la reconnaissance normative d'énoncés dits « *soft law* », le moins que l'on puisse dire est qu'une telle attribution demeure, en l'espèce, sélective.

18. - L'évolution du droit public économique en témoigne. Elle contraste sur ce point avec d'autres pans du contentieux administratif[Note 24]. L'esprit de la nouvelle politique jurisprudentielle sur le droit souple n'est-il pas caractérisé par le fait que le juge ne soit pas lié aux qualifications affichées par l'Administration ? Si cette hypothèse est valide, comment comprendre alors que le rapporteur public se sente lié, dans la présente affaire, par l'affirmation selon laquelle la charte attaquée ne comporterait « aucun droit ou obligation » ? S'en tenir aux formulations retenues par le cabinet de l'Élysée témoigne sans doute pour les juges d'une volonté de ne pas étendre leur office outre mesure, du moins pas dans l'immédiat. Un point de vue conséquentialiste pourrait y voir une première étape d'une reconnaissance future de la charte : celle-ci pouvant servir de fondement normatif à des décisions ultérieures.

19. - L'appréciation du fond de l'acte est tout aussi empreinte de cette volonté de s'auto-contraindre dans le contrôle opéré. En effet, le rapporteur public affirme sans nécessairement prendre la peine de le démontrer, que la charte de transparence « n'a pas de contenu juridique ; elle ne modifie en rien l'état du droit ». Au soutien de son affirmation, le rapporteur public rajoute que la charte constitue un document visant à « informer les citoyens sur le rôle et les moyens dévolus à l'épouse du Président de la République et non à conférer des droits ou des obligations à cette dernière ». De là, il estime que la charte attaquée ne rentre pas dans la catégorie des circulaires, encore moins dans celle plus générale de droit souple[Note 25]. La seconde branche de l'affirmation peut, de ce point de vue, surprendre. La justification que lui apporte le rapporteur public consiste à dire que la charte n'est pas issue d'une autorité de régulation ; elle n'est pas adressée non plus à une catégorie de personnes en particulier. En somme, le raisonnement proposé aboutit à exclure la charte de la catégorie générale des actes de droit souple. La formulation du dispositif de l'arrêt s'apparente pourtant, à s'y méprendre, aux contentieux ordinaires rendus en matière d'actes de droit souple entendus au sens large : qu'il s'agisse de circulaires, d'actes pris par des autorités de régulation, un simple courrier, etc.[Note 26] Le motif de l'arrêt mentionne à ce titre que : « Considérant que la « charte de transparence relative au statut du conjoint du chef de l'État », mise en ligne le 21 août 2017 sur le site internet de la Présidence de la République, n'édicte aucune règle à caractère général et permanent, mais se borne à présenter le rôle public susceptible d'être assuré par l'épouse du Président de la République entré en fonctions le 14 mai 2017 et les activités auxquelles elle est susceptible de participer en cette qualité ; considérant que ce document, qui ne comporte par lui-même aucune décision, ne présente pas, eu égard à son contenu et à sa portée, le caractère d'un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; que le communiqué de presse qui s'est borné à annoncer sa diffusion publique ne peut davantage faire l'objet d'un recours contentieux ; qu'il s'ensuit que la requête de M. A... et de M.C..., dirigée contre des actes ne faisant pas grief, n'est pas recevable et ne peut qu'être

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

rejetée ». Il y a sinon une contradiction « logique », du moins une certaine incohérence globale à exclure d'un côté la charte de transparence relative au statut de conjoint du chef de l'État des actes de droit souple, pour d'un autre côté, rédiger un dispositif identique à celui que l'on retrouve dans ce type de contentieux. Certes, il est tout à fait possible de lire la justification avancée autrement. L'arrêt rendu pourrait tout autant signifier qu'en dépit des effets d'annonce entrepris autour de son adoption, la charte attaquée n'a aucune portée normative. Une telle interprétation permettait de tracer la frontière entre la logorrhée de la communication politique élyséenne et une forme de réalité juridique définie par les juges. Soit. Mais alors, comment d'un côté saisir l'hyper formalisme du juge administratif s'agissant des actes de droit souple adoptés par le Président de la République et, d'un autre côté, faire état d'un raisonnement de plus en plus conséquentialiste, allant au-delà du contenu de nombreux actes de droit souple ? Ou faut-il comprendre la grande retenue du juge administratif, en écho avec une ligne jurisprudentielle du Conseil constitutionnel, elle-même très favorable aux pouvoirs exercés par le Président de la République[Note 27] ?

20. - Étrangement, la motivation proposée par le rapporteur public déroge à ce principe comme si un régime spécial devait être attribué aux actes de droit souple pris par le Président de la République. Sur le fond, l'affirmation selon laquelle la charte de transparence serait dénuée de contenu juridique interroge tout autant. Certes, il faut savoir raison garder et comparer ce qu'il y a de comparable : le contenu de cette charte n'est en rien identique à celui des actes ordinaires de droit souple pris par les autorités de régulation dans le domaine économique. Son caractère succinct diffère sensiblement de la longueur habituelle des actes de droit souple pris dans le domaine économique. Il est tout aussi vrai que ladite charte n'a pas vocation à être adressée à un type de personnes morales et physiques en particulier. L'intention, comme le souligne du reste le rapporteur public étant de pouvoir simplement « clarifier » le statut du conjoint du chef de l'État. Or, c'est bien là que le bât blesse.

21. - Le raisonnement développé par le rapporteur public suivi dans l'ensemble par la formation de jugement repose sur l'intention supposée de la charte, sans chercher à prendre en considération son éventuel fondement juridique encore moins la cohérence d'ensemble du texte au regard de l'articulation de ses différentes dispositions. Si on se déprend quelques instants du raisonnement proposé dans l'arrêt et des conclusions du rapporteur public pour se tourner vers le libellé de la charte, les choses apparaissent beaucoup moins univoques. On peut lire dans la charte que : « Le conjoint du Président de la République exerce, en vertu tant de la tradition républicaine que de la pratique diplomatique, un rôle de représentation, de patronage et d'accompagnement du Chef de l'État dans ses missions. Aucun texte juridique ne codifie ce rôle [...] Le conjoint du Président de la République : assure la représentation de la France, aux côtés du Président de la République, lors des sommets et réunions internationales ». Il est très étonnant que le contenu de ces dispositions ait été minoré par le raisonnement développé au soutien du motif adopté. Et ce, d'autant que, comme le précise la charte elle-même, « Aucun texte juridique ne codifie » le rôle du conjoint du chef de l'État. C'est donc, si l'on dresse un parallèle avec le régime des circulaires – ce qu'évite de faire soigneusement le rapporteur public – que la charte attaquée crée ou à défaut se fonde sur une norme juridique supposée. À quelle norme le juge fait-il référence dans le raisonnement, nul ne le sait vraiment. La charte se réfère de manière laconique à la « tradition républicaine et à la pratique diplomatique », comme s'il s'agissait de « sources » autorisées. Or, pas plus le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État n'ont, à notre connaissance, consacré une telle habilitation normative. Cette analyse permet de mieux comprendre pourquoi en l'espèce le rapporteur public ne reconnaît à la charte aucune qualification précise.

22. - Assimiler l'acte en cause au régime des circulaires aurait pour conséquence d'interroger la compétence constitutionnelle du Président de la République à produire des actes du type de ceux d'espèce[Note 28]. Dans le même sens, assimiler la charte à un acte ordinaire de droit souple reviendrait à ce que le juge étende son office, ainsi que

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

l'avait proposé Suzanne von Coester dans ses conclusions sous l'arrêt « Fairvesta » de manière à opérer un « contrôle sur la procédure d'élaboration des actes de droit souple »[Note 29]. Les deux arguments contraignent inéluctablement le juge administratif à regarder du côté de la compétence que s'attribue en la matière le Président de la République. Dès lors, on comprend mieux l'incohérence apparente du raisonnement proposé par le rapporteur public dans cette affaire. À vrai dire, elle témoigne d'une incohérence plus générale : celle du régime des actes pris par le Président de la République[Note 30]. On veut dire par là deux choses. La première est qu'il faudrait se garder d'inférer du supposé « contrôle » opéré en l'espèce – et d'ailleurs il y a une grande confusion à faire usage en l'espèce du terme de contrôle – une analogie avec le contrôle des actes de droit souple ; la seconde est que cet apparent « contrôle de légalité » opéré afin de ne pas faire tomber la charte dans le régime des actes de dans le giron des actes de gouvernement, semble leur consacrer une forme d'exception implicite. Il convient d'en expliciter la rémanence.

3. Relecture critique de la charte à l'aune d'un concept doctrinal de légalité administrative

23. - Si la charte attaquée ne relève évidemment pas de la catégorie des actes de gouvernement, le contrôle bienveillant que lui accorde le juge administratif – à l'instar d'ailleurs des autres actes pris par le Président de la République – apparaît discutable. Elle donne à penser que l'ensemble des actes pris par le Président de la République relèveraient d'un régime particulier, sinon dérogatoire. Cette déférence, on l'a dit, tient dans le fait que le juge semble, à la différence du contentieux rendu en matière de droit souple, restreindre son office lorsqu'il a à connaître d'actes pris par le Président de la République.

24. - Il convient de critiquer un tel choix en relisant l'arrêt rendu à l'aune du concept de légalité administrative proposé par Eisenmann[Note 31]. Ce dernier revient tout d'abord sur la fausse évidence que recouvre l'expression contrôle de légalité. Il s'agit de confronter dans le langage ordinaire un acte administratif au regard d'une norme supérieure, en l'occurrence législative. La doctrine y a pourtant attaché un sens plus large depuis André de Laubadère selon Eisenmann. La légalité administrative « définit un rapport entre les actes – ou les actions – de l'Administration et non seulement, les règles législatives, mais au minimum toutes les sortes de règles de droit qui ont ou peuvent avoir trait à ces actes »[Note 32]. Cette conception extensive, démontre Eisenmann, emporte des répercussions importantes dans la manière de penser la légalité administrative. Elle conduit à la formulation de propositions doctrinales indéterminées du type : « l'Administration est liée par un ensemble de règles de droit »[Note 33]. En incluant dans ce que Vedel qualifiait alors de « bloc de la légalité administrative » des normes produites par l'Administration elle-même (décrets, arrêtés), c'est bien à ce type de proposition indéterminée que l'on aboutit.

25. - Penser la légalité administrative à la lumière du libéralisme politique du XIXe siècle suppose un : « combat [...] pour le respect de cette loi, de cette légalité-là seulement. Jamais – et c'est là le point essentiel, parce qu'avec elles, on sort du règlement légal des sources du droit – jamais ces premiers protagonistes du « principe de légalité » en droit administratif n'ont-ils songé qu'en le postulant, ils affirmeraient que l'Administration dût être astreinte à respecter des règles posées, outre par la loi, par la juridiction administrative essentiellement [...] »[Note 34]. On serait tenté d'ajouter que jamais l'Administration ne dût être astreinte à respecter des règles posées par elle...

26. - Partant, Eisenmann distingue entre un rapport de conformité et un rapport de compatibilité. Alors que le rapport de conformité suppose pour l'Administration de ne prendre aucun acte qui ne soit habilité au préalable par une norme législative – tant sur la forme que sur le fond – le rapport de compatibilité implique pour

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

« l'Administration de faire tout ce qui n'est pas, d'une façon ou d'une autre interdit par la loi »[Note 35]. Autrement dit, le rapport de conformité suppose une exigence de conformité à la loi là où le rapport de compatibilité suppose une situation de non-contrariété de l'acte administratif par rapport à la loi. D'un point de vue logique si le caractère de conformité inclut celui de compatibilité, la réciproque n'est pas vraie affirme Eisenmann. C'est ce qui lui permet de dire, eu égard aux pouvoirs reconnus au Gouvernement et à la jurisprudence administrative, que le droit public français ne consacre pas un principe général de conformité.

27. - Si l'on tente d'appliquer cette grille de lecture à l'arrêt commenté, il est frappant de constater que l'analyse proposée par Eisenmann n'a en rien perdu de sa vigueur, au contraire. Comme le montre l'arrêt d'espèce, le juge administratif reconnaît que le Président de la République puisse s'auto-habiliter sans que la Constitution, encore moins le Parlement ne le lui permette, lorsqu'il s'agit d'adopter une charte précisant *a minima* le statut de son conjoint. Nul ne s'étonne de ce qu'aucun principe, aucune norme si ce n'est celle sortie de la cuisse de Jupiter – sans jeux de mots – n'attribue au Président de la République la compétence de créer une charte se référant vaguement « à la tradition républicaine et à la pratique diplomatique ». L'expression « bloc de légalité » administrative, forgée par Vedel et critiquée par Eisenmann trouve dans le présent arrêt une consécration normative éclatante. En effet, le bloc de légalité administrative comprend pour Vedel ou avant lui De Laubadère, non seulement les normes législatives qui limitent l'activité administrative proprement dite, mais aussi les normes adoptées par l'Administration elle-même. Cette dernière catégorie de norme est censée autolimiter l'action administrative. Au-delà du caractère insignifiant de la charte attaquée, laquelle ne modifiera ni la vie quotidienne de nos concitoyens encore moins le jeu politique national, l'arrêt rendu remet sur le métier une vraie question d'ordre technique et conceptuelle s'agissant de ce qu'il convient d'entendre par légalité administrative.

28. - La décision commentée tente pudiquement de préserver l'apparence d'un contrôle. De là à dire qu'un tel contrôle participerait à « enrichir » ce que l'on qualifie avec beaucoup de facilité désormais le « bloc de légalité administrative », il n'y a qu'un pas généralement franchi avec aisance. Or, ce qu'illustre la présente espèce, c'est qu'en l'état actuel de sa jurisprudence, le juge administratif participe certes à réduire le champ d'application des actes de gouvernement, sans plus. Le contrôle opéré se concentre sur la recevabilité formelle ; les aspects substantiels sont, quant à eux, soigneusement évités lorsqu'ils sont problématiques. Si une telle interprétation doctrinale est valide, elle soulève un certain nombre de questions importantes sur la manière dont le juge administratif participe à asseoir une représentation de la séparation des pouvoirs faisant d'une manière générale la part belle à la spécificité du statut accordé au Président de la République, y compris dans les actes relevant du fonctionnement ordinaire de l'Élysée. C'est très exactement le constat auquel parvient Eisenmann sur la légalité administrative : notre commentaire n'invente absolument rien à cet égard si ce n'est qu'il tente de rappeler qu'au-delà des arguties doctrinales, le Conseil d'État contribue très clairement à définir les contours d'une légalité administrative qui gagnerait à être davantage interrogée plutôt que d'être prise pour acquise, dès lors que le juge rend une décision contentieuse.▪

Essentiel à retenir

— Le Conseil d'État juge que la charte de transparence relative au statut du conjoint du chef de l'État ne fait pas grief.

— Un tel raisonnement, à rebours des évolutions que rencontre la jurisprudence administrative en matière de droit « souple », interroge.

— L'étude conclut qu'un tel raisonnement participe à asseoir une forme de contrôle en trompe-l'œil à l'égard du régime d'actes considérés comme faisant partie de la fonction du président de la République.

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Essentiel à retenir

— Ce qui est en cause est donc moins la fonction présidentielle proprement dite que la manière dont le juge administratif procède à un contrôle de certains actes qui en résultent. Une prudence s'impose quant à un usage doctrinal peut-être encore trop conciliant du concept de « légalité administrative ».

Note 1 Charte de transparence relative au statut du conjoint du Chef de l'État du 21 août 2017. Par commodité de langage on emploiera dans certains cas, le terme de « charte » de manière équivalente à celui de l'expression précitée. V. sur ce texte, l'observation de *P. Cassia, À propos de la « charte » relative à l'épouse du Président de la République : Dalloz, actu-etudiant.fr, 5 oct. 2017*, consulté le 4 juillet 2019.

Note 2 Pour un travail pionnier sur la question : *B. Lacroix, J. Lagroye, Le Président de la République. Usages et genèses d'une institution : Paris, Presses FNSP, 1992, 402.p.* – En particulier, *B. François, Le Président pontife constitutionnel. Charisme d'institution et construction juridique du politique, in B. Lacroix, J. Lagroye, préc., p. 303-331.*

Note 3 *A. Le Bras-Chopard, Première dame, second rôle : Paris, Seuil, coll. Médiathèque, 2009. – F. Matonti, Le genre présidentiel. Enquête sur l'ordre des sexes en politique : Paris, La découverte, coll. Genre et sexualité, 2017.*

Note 4 Consultable vers ce lien : *www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/08/21/charte-de-transparence-relative-au-statut-du-conjoint-du-chef-de-letat* (consulté le 4 janvier 2020).

Note 5 Formulation assez rare pour qu'on puisse en souligner la singularité, le juge administratif n'ayant pas recours dans ce cas précis aux formulations du type « dispositions impératives » ou encore « dispositions générales et impératives ».

Note 6 *P. Bezès, Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008) : Paris, PUF, coll. Le lien social, p. 61-175.*

Note 7 Pour une analyse et une discussion du concept : *S. Velley, Les origines du principe de légalité en droit public français, Th., Paris X, 1988, 437.p. – D. Lochak, Le principe de légalité : mythes et mystifications : AJDA 1981, p. 387-392.*

Note 8 Il est impossible ici de revenir sur l'ensemble de la littérature sur le sujet. V. par ex : *P. Duez, Les actes de gouvernement : Paris, Dalloz, 1935. – B. Plessix, Droit administratif général : Paris, LexisNexis, 2016, p. 365-367.* – Pour un exemple récent de deux jugements rejetant la requête de demande de rapatriement de ressortissantes françaises et de leurs enfants retenus dans le camp de Roj, en Syrie : *TA ord., 9 avr. 2019, n° 1906076, X, Y. : JurisData n° 2019-007558. – TA ord., 9 avr. 2019, n° 1906077/9, Z.*

Note 9 Pour un exemple sur le fait que le juge des référés ne peut enjoindre au président de la République de s'abstenir de faire usage de ses pouvoirs constitutionnels au regard de l'article 61 : *CE, ord., 7 nov. 2001, n° 239761, M. Tabaka : JurisData n° 2001-063255 ; Lebon, p. 2002. – CE, 26 nov. 2012, n° 350492, Krikorian et a. : JurisData n° 2012-027438.*

Note 10 À l'instar des actes de nomination : *CE, 5 mai 1976, n° 96308, Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées.*

Note 11 *CE, 9e et 10e ss-sect. réunies, 27 nov. 2000, n° 188431, Assoc. Comité Tous Frères, concl. J. Courtial, p. 3 : JurisData n° 2000-061479.*

Dans la présente charte, la question est d'autant moins dénuée d'intérêt que, dans ce qui tient lieu de préambule ou d'explication préliminaire de la charte de transparence relative au statut du conjoint du chef de l'État, on pouvait lire ceci : « La publication d'une telle clarification des missions et des moyens est inédite. Elle ne crée aucun droit nouveau pour l'épouse du Président de la République mais précise les contours du rôle public de Brigitte Macron ».

Note 12 *CE, 4e et 6e ss-sect. réunies, 4 avr. 2001, n° 223135, Avrillier, concl. R. Schwartz, 5 mars 2001 : Juris-Data n° 2001-062146 ; Dr. adm. 2001, comm. 173.*

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Note 13 *CE, 3e et 8e ss-sect. réunies, 26 avr. 2013, n° 358456, M. R. Dosière : JurisData n° 2013-008717 ; Dr. adm. 2013, comm. 48, note J.-S. Boda.*

Note 14 *CE, 2e et 7e ch. réunies, 24 sept. 2018, n° 414118, Assoc. de défense des libertés constitutionnelles, concl. S. Roussel, p. 2 : JurisData n° 2018-016514.*

Note 15 On ne s'est pas livré ici à une recherche précise des recours éventuellement rejetés par le juge administratif et dirigés contre les actes du Président de la République. Notre propos se fonde sur le contentieux qui émane de la base de jurisprudence « Ariane Web » réservée au grand public.

Note 16 *CE, 5 mai 1976, n° 96308, Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées.*

Note 17 *CE, 2e et 7e ch. réunies, 24 sept. 2018, n° 414118, Assoc. de défense des libertés constitutionnelles, préc.*

Note 18 *CE, 26 avr. 2013, 3e et 8e ss-sect. réunies, n° 358456, préc.* Ce qui ne veut certainement pas dire que le juge reconnaît à tout parlementaire un intérêt à agir de manière générale. – Sur cette question : *CE, ass., 20 avr. 1981, n° 24923, Schwartz. – CE, 23 nov. 2011, Jean-Louis Masson : AJDA 2012, p. 781, concl. B. Bourgeois-Machureau ; AJDA 2012, p. 781, note P. Brunet.* – Pour un exemple récent allant dans un sens contraire et ayant trait au recours introduit par le président du Sénat à l'encontre de la nomination par le Président de la République du président de la commission dite « de redécoupage électoral » : *CE, 13 déc. 2017, n° 411788, Président du Sénat : JurisData n° 2017-025793 ; Dr. adm. 2018, comm. 19, note G. Eveillard ; AJDA 2018, p. 521, concl. X. Domino.*

Note 19 *Le droit souple, Étude annuelle 2013 : Paris, Doc. fr., coll. « études et documents », n° 64, 297.p.*

Note 20 *J. Caillosse, Le droit administratif, ce Grand Théâtre... in M. Doat, G. Darcy (dir.), L'imaginaire en droit : Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit, 2011, p. 260-290.*

Note 21 1 *CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082 et 390023, Sté Fairvesta International GmbH et.a. et Sté NC Numericable*, respectivement : *JurisData n° 2016-004898 et JurisData n° 2016-004897 ; Dr. adm. 2016, comm. 34, note A. Sée ; RFDA 2016, p. 497, concl. S. von Coester ; RFDA 206, p. 506, concl. V. Daumas.*

Note 22 *CE, 1re et 6e ss-sect. réunies, 13 juill. 2007, n° 294195, Sté éditions Tissot :JurisData n° 2007-072151 ; Lebon, p. 335, concl. L. Derepas ; AJDA 2007, p. 2145.*

Note 23 Sur cette question : *C. Testard, Le droit souple, une « petite » source canalisée : AJDA 2019, p. 934.*

Note 24 Pour un exemple récent : *CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, GISTI : JurisData n° 2020-007983.*

Note 25 *Concl. G. Odinet, CE, 12 oct. 2018, n° 413644, p. 3-4 : JurisData n° 2018-017517.*

Note 26 V. par ex : *CE, 6e ch., 19 oct. 2018, n° 401504, M. B. A. – CE, 2e et 7e ch. réunies, 13 oct. 2017, n° 401799, Sté Bouygues Télécom. – CE, 2e et 7e ch. réunies, 7 mai 2008, n° 298836, Assoc. collectif pour la défense des loisirs verts : JurisData n° 2008-073521.*

Note 27 Un raisonnement similaire se retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant le contrôle éventuel par le Parlement de la rémunération du Président de la République. Le Conseil juge qu'en l'absence de texte habilitant le Parlement, ce dernier n'est pas compétent à opérer un contrôle sur la rémunération du Président. L'argument de la séparation des pouvoirs est ici utilisé pour censurer le texte parlementaire : *Cons. const., 9 août 2012, n° 2012-654 DC, Loi de finances rectificative pour 2012, cons. 82 : JO 17 août 2012, p. 13496.* – Sur le rôle important accordé au pouvoir exécutif dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : *P. Bachsmidt, Nouvelle expression de la jurisprudence restrictive et constante du Conseil constitutionnel en matière de séparation des pouvoirs : Constitutions 2019, p. 345-347, n° 3.*

Note 28 *CE, 18 déc. 2002, n° 233618, Duvignères : Juris-Data n° 2002-064827 ; AJDA 2003, p. 487, concl. P. Fombeur ; RFDA 2003, p. 510, note J. Petit.*

Note 29 *RFDA 2016, p. 505, concl. S. von Coester.*

Note 30 Incohérence d'autant plus patente que le Conseil d'État va jusqu'à reconnaître désormais la justiciabilité délibérations de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : *CE, 19 juill. 2019, n° 426389, Le Pen : JurisData n° 2019-012819 ; Dr. adm. 2019, comm. 51, note J.-S. Boda, B. Pouyau.*

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.

Note 31 *C. Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité : EDCE 1957, p. 25-40.* – V. aussi pour une contextualisation historique : *S. Velley, Les origines du principe de légalité en droit public français, Th., Paris X Nanterre, 1988, préc., p. 17-188.* – Comme le montre encore S. Velley, les débats sur le concept de légalité administrative se donnent aussi à voir sous la IIIe République, dans les travaux de R. Carré de Malberg pour qui, la loi constitue une condition de la légalité administrative.

Note 32 *C. Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, préc., p. 26.*

Note 33 *C. Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, p. 27.*

Note 34 *C. Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, p. 27.*

Note 35 *C. Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, p. 31.*

© LexisNexis SA

Copyright © 2020 LexisNexis. Tous droits réservés.