

Proposition de communication au Congrès français de droit constitutionnel (juin 2005).

Suggestion à propos d'une possible controverse : Sous la V^e République, le pouvoir de contreseing fait-il du ministre le codétenteur d'un pouvoir réglementaire ?

Les ministres, qui n'ont pas de pouvoir réglementaire autonome, participent néanmoins à l'exercice du pouvoir réglementaire général par le biais du contreseing organisé par la Constitution. Quelle est la valeur de ce contreseing ? Est-il l'expression d'un pouvoir permettant au ministre de se placer comme détenteur du pouvoir réglementaire ?

Aux termes des articles 19 et 22 de la Constitution, les actes du Président de la République et du Premier ministre doivent être contresignés¹. L'enjeu de la fonction du contreseing est de taille puisque, par « actes », il faut entendre les décrets, ainsi que l'ensemble des décisions, émanant du chef de l'Etat ou du Premier ministre². On rappellera d'ailleurs que les décrets en Conseil des ministres font partie des actes qui doivent être contresignés par le Premier ministre et le cas échéant par les ministres responsables³.

Un certain courant doctrinal, qui a cherché par tout moyen à faire reconnaître un pouvoir réglementaire ministériel autonome, s'est fondé sur la théorie du contreseing pour renforcer cette thèse. Précisément, le pouvoir de contreseing correspondrait à un véritable pouvoir de décision, emportant l'existence, au profit du ministre, de la qualité de coauteur. Le contreseing ne serait donc pas qu'une formalité externe, ou un acte purement matériel.

Il est ainsi fait valoir que les décrets sont, en pratique, l'œuvre des ministres, ce qui renforcerait l'idée qu'ils en sont les coauteurs. L'on se permettra d'objecter, d'une part, que l'argument consistant à dire que le droit devrait découler du fait n'est pas recevable et, d'autre part que, si l'on pousse le raisonnement, ce n'est pas non plus le ministre qui pratiquement a élaboré le décret, mais plutôt ses services, plus sûrement telle ou telle sous-direction sous la surveillance du directeur de cabinet⁴.

¹ Selon l'article 19 de la Constitution, les actes du Président de la République autres que ceux mentionnés aux articles 8, 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61, sont contresignés par les ministres « responsables ». Les actes du Premier ministre sont contresignés, aux termes de l'article 22, par les ministres « chargés de l'exécution ». En vertu des arrêts *Pelon* (CE, Sect., 10 juin 1966) et *Sicard* (CE, 27 avril 1962), le nombre des ministres considérés comme « responsables » est plus limité que celui des ministres « chargés de l'exécution ».

² Cf. CE, Sect., 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord*, Rec. p. 580 ; CE, Ass., 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'ENA*, Rec. p. 168 ; RFDA 1993, p. 657, concl. Schwartz : décision même informelle.

³ CE, Sect., 10 juin 1966, *Pelon*, Rec. p. 384 ; CE, Ass., 9 novembre 1973, *Siestrunck*, Rec. p. 625 ; CE, Sect., 12 juin 1981, *Grimbichler*, Rec. p. 257 ; CE, 13 février 1985, *Debizet*, Rec. tables p. 470 ; CE, 20 mars 1992, *Union syndicale des magistrats*, Rec. p. 122.

⁴ Voir également CELARD (A.), *Le partage du pouvoir réglementaire de l'Etat (Contribution à l'étude du système normatif du droit public français)*, thèse droit public, Lille II, 1995, 1050 p.

Le critère de l'acte de volonté fait-il du ministre un coauteur du décret ?

Partant du principe que le critère de la manifestation de volonté serait constitutif de l'acte juridique, un courant dominant⁵, se fondant en partie sur les travaux de Eisenmann, analyse l'acte comme étant un ensemble de normes. C'est sous l'angle du pouvoir de faire exister la norme que seront identifiés les auteurs de l'acte. Est ici pris en considération le rôle variable des personnes concourant à l'édiction d'un acte administratif unilatéral, allant de la simple opération matérielle à la détermination du contenu de la norme.

L'auteur d'un acte peut en effet être défini en ouvrant un angle large. Sera ainsi auteur toute personne devant intervenir dans l'accomplissement de l'acte, et ceci quel que soit son rôle : juridiquement prévu ou simplement matériel. Mais on peut à l'inverse adopter une conception plus étroite. Sera auteur de l'acte la personne devant donner son consentement à l'élaboration de la norme, laquelle ne pourra être intégrée à l'ordonnement juridique sans cet accord. Ces personnes s'avèreraient être, tout bien considéré, les véritables auteurs de la norme. Toutes les autres, « *même celles dont le concours est obligatoire* », seraient alors les simples « *participants à la procédure, à l'acte-negotium* »⁶.

Dès lors, selon certaines analyses, « *le mode d'expression de la volonté ou du consentement a peu d'importance* » quant à l'admission de la norme dans l'ordonnement juridique⁷, à condition que le consentement soit donné librement. Le critère de la qualité de coauteur d'un acte est ce que Eisenmann a nommé le « *pouvoir de consentement-opposition* »⁸. La simple faculté d'approuver ou non en fonction d'une législation supérieure ne peut être regardée comme un pouvoir d'édiction.

La distinction a là encore été établie par Eisenmann, entre « *faculté de consentement* » et « *exigence du consentement* »⁹. Dans le premier cas, la personne concourra, si elle le souhaite, à l'édiction de la norme. Se trouve dès lors exclue toute « *approbation qui se manifeste par l'apposition sur un certain document d'une formule et d'une signature ou d'une signature seulement. Cette approbation par signature ne répond à un droit de consentement à la décision, pour celui qui est appelé à la donner ou à la refuser, que s'il décide librement ou bien de la donner, ou bien de la refuser* »¹⁰. Dans le second cas : « *le consentement d'une certaine personne ou d'un certain corps est exigé si la norme ne peut entrer en vigueur que si cette personne est d'accord, que si elle y donne son consentement* »¹¹.

Partant, cette analyse, qui veut identifier l'ensemble des participants à la création de la norme, ceux qui la déterminent dans son contenu comme ceux qui ont la faculté de vouloir son existence en donnant leur consentement, serait la seule de nature à déterminer les auteurs de la norme.

⁵ Deux autres thèses doivent être mentionnées.

Selon un courant issu de la doctrine allemande et repris en France sous l'expression de théorie de l'acte complexe, puis acte collectif, une fusion des déclarations individuelles de volonté aboutirait à une déclaration de volonté à la fois nouvelle et unique. Mais cette vision n'est guère satisfaisante, dans la mesure où les volontés peuvent soit s'opposer, et s'anéantir, soit concorder mais alors leur objet n'est en rien nouveau.

Il y a ensuite la doctrine défendue notamment par Hauriou qui, étudiant l'acte de tutelle, écarte la théorie de l'acte complexe, estimant que la déclaration de volonté de l'autorité de tutelle n'a qu'une valeur accessoire, ou extérieure. L'idée de Hauriou est ici que la règle ne peut exister que parce qu'existe la faculté de fixer son contenu, sans que l'on doive tenir compte des conditions d'approbation de la règle par l'autorité de tutelle.

⁶ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, tome II, Paris, éd. LGDJ, 1983, p. 197.

⁷ FERRARI (P.), « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éd. Cujas, 1975, p. 218.

⁸ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, tome I, Paris, éd. LGDJ, 1982, p. 416.

⁹ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, tome II, op. cit., p. 198.

¹⁰ Ibid., p. 198.

¹¹ Ibid., p. 200.

MM. Gentot et Fourré avaient estimé que la jurisprudence du Conseil d'Etat¹² témoignait de l'utilité des dispositions de l'article 22, en ce que ces dernières auraient pour effet « *d'éviter que des réformes importantes soient édictées sans que les ministres chargés d'en assurer l'exécution aient été appelés à en accepter le principe* »¹³. Dans la mesure où l'article 22 impose le contreseing, par les ministres chargés de l'exécution, des actes du Premier ministre, le ministre donnerait en quelque sorte son accord à l'édition de l'acte. Partant, seing et contreseing ne seraient que deux semblables signatures prouvant l'existence de deux communes et égales volontés¹⁴.

L'existence du décret ne pourrait procéder que de la volonté du contresignataire. Sur cette base, le contreseing s'analyse alors comme une « *opération de volonté* »¹⁵, faisant du ministre un véritable coauteur, analyse au demeurant discutabile sous l'angle historique¹⁶.

Il avait d'ailleurs été remarqué que le ministre refusant son contreseing pouvait empêcher l'édition du décret. Ainsi était invoqué l'arrêt *Sieur Lemaesquier* où, le contreseing du ministre chargé des Affaires culturelles ne figurant pas sur l'acte annulé, il avait été déduit que le contreseing était par conséquent indispensable à l'adoption du décret. De même, les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Pelon* affirmaient la reconnaissance au bénéfice du ministre des Finances et du ministre chargé de la fonction publique d'un « *droit de regard, sinon un droit de veto, de plus en plus étendu dans les affaires des différents départements ministériels* ».

Ce mode de raisonnement est discutabile. Concernant le contreseing des actes du Président de la République, si dans l'espèce *Pelon*, le juge explique que « *les ministres responsables sont ceux auxquels incombe, à titre principal, la préparation et l'application des décrets dont s'agit* », cela ne fait nullement de ces derniers les auteurs juridiques du texte.

Au delà, les arrêts invoqués au terme desquels le caractère de coauteurs de ministres contresignataires serait reconnu sont pour le moins anciens, et épars, si ce n'est rarissimes¹⁷.

Un autre indice nous est fourni dans l'hypothèse où la loi ou le décret prévoient qu'un arrêté interministériel sera pris « *en accord avec* » telle autorité. En effet, dans ce cas, le juge n'exige pas la signature de l'autorité devant donner son accord, mais simplement la preuve d'accord que lui fournit l'autorité signataire : « *Considérant que dans ces conditions et alors qu'il résulte du dossier et qu'il n'a d'ailleurs pas été contesté que cet accord a été recueilli en l'espèce, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'avis attaqué aurait dû être signé non seulement par le ministre des Finances et des Affaires économiques mais également par le ministre de l'Agriculture* » (CE, Sect., 27 janvier 1967, *Syndicat national des importateurs*

¹² Notamment : CE, Sect., 25 janvier 1963, *Lemaesquier*, et CE, Ass., 1er février 1963, *Syndicat du personnel des organismes d'assurances de la région parisienne et autres*.

¹³ GENTOT, FOURRE, « Le contreseing des actes réglementaires du Premier Ministre », *Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA*, février 1963, doctrine, p. 84.

¹⁴ Voir, en ce sens, DEVOS-NICQ (Ch.), *La responsabilité individuelle du ministre sous la V^e République*, thèse, Lille II, 1996, p. 290.

¹⁵ FERRARI (P.), « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », op. cit., p. 224.

¹⁶ Provenant des monarchies asiatiques, la règle du contreseing, la *subscriptio*, s'est imposée sous l'Empire romain, avant d'être utilisée dans les Etats modernes. Certification de la signature du monarque effectuée par un chancelier (Cf. HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1929, p. 412), c'est en Angleterre que le contreseing des actes du monarque a pris cette nouvelle signification : l'engagement de la responsabilité ministérielle. La règle du contreseing n'était donc pas originellement destinée à demander l'accord des ministres sur un projet, mais seulement de leur faire porter la responsabilité d'actes signés par un chef d'Etat irresponsable sur le plan politique.

¹⁷ CE, 19 mai 1905, *Carrière*, Rec. p. 445 ; CE, Sect., 10 avril 1959, *Villeneuve*, Rec. p. 228 ; CE, Sect., 2 juillet 1965, *Syndicat national des parcs automobiles, ateliers maritimes et fluviaux et services d'entretien des bases aériennes des Ponts et Chaussées*, C.G.T., Rec. p. 397.

français en produits laitiers et avicoles, RDP 1967, p. 781, concl. Bernard). La signature du détenteur du pouvoir de prendre la décision est primordiale et première. On ne peut donc pas parler de coauteur.

Le Conseil d'Etat, lui, ne considère pas l'auteur du contreseing comme un coauteur de l'acte.

Le défaut de contreseing n'est qu'un vice de forme

En dépit des conclusions définitives tirées à la suite de l'arrêt *Sicard*¹⁸, selon lesquelles le Conseil d'Etat aurait reconnu la qualité au ministre de coauteur du décret, l'absence de contreseing constitue bien un vice de forme et non une question de compétence¹⁹.

Dans une affaire *Sieur Nicoud*, alors que le commissaire du gouvernement, pour conclure à l'absence d'illégalité, constatait qu'aucun des textes déterminant la compétence du ministre du Commerce et de l'Artisanat « ne donnait compétence à ce ministre en ce qui concerne le régime de sécurité sociale des professions commerciale et artisanale », et que, dès lors, « il n'avait (...) pas à contresigner le décret attaqué »²⁰, le Conseil d'Etat suivit, certes, son commissaire du gouvernement²¹ mais en précisant : « que, par suite, l'absence de contreseing de ce ministre n'entache pas d'un **vice de forme**²² le décret attaqué ».

Pour cette raison d'ailleurs, la présence de contreseings non nécessaires est sans influence sur la légalité de l'acte²³. Ainsi, dans l'affaire *Union syndicale des magistrats et autres*²⁴, le juge rappelle que « les ministres responsables sont ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des décrets dont s'agit ». En l'espèce, « le décret (...) du 13 septembre 1989, qui a été délibéré en Conseil des ministres, a pour objet de déterminer l'organisation des cérémonies publiques, des préséances et des honneurs civils et militaires ». Or, « si un certain nombre d'autorités relevant du département ministériel dont le ministre de la Justice a la charge sont concernées par les dispositions de ce décret, cette circonstance ne saurait faire regarder le ministre de la Justice comme ayant la qualité de ministre responsable au sens des dispositions susrappelées des articles 13 et 19 de la Constitution ». Dès lors, le décret, même ne portant pas le contreseing du ministre de la Justice, reste légal.

De même, il n'est nullement admis que le vice de forme soit couvert par le fait que le ministre défaillant ait approuvé les termes du texte lors d'une réunion à laquelle il participait personnellement²⁵, ou ait donné son accord par lettre²⁶. Nous voyons là encore la distinction entre simple prise en charge administrative d'une décision et compétence d'édition d'un acte.

Une autre preuve de l'absence de qualité de coauteur des ministres réside dans le régime de la modification de l'acte. En effet, le juge ne considère alors comme nécessaire que le contreseing des ministres

¹⁸ CE, 27 avril 1962, *Sicard*, Rec. p. 279.

¹⁹ CE, Ass., 12 juillet 1957, *Chambre de commerce d'Orléans*, Rec. p. 474 ; CE, Sect., 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport de Paris-Nord*, Rec. p. 580 ; CE, Sect., 25 février 1977, *Nicoud*, Rec. p. 115.

²⁰ GUILLAUME (G.), Conclusions sur CE, Sect., 25 février 1977, *Sieur Nicoud*, *AJDA*, novembre 1977, jurisprudence, p. 544.

²¹ « Considérant qu'aucune des mesures (...) que comporte nécessairement l'exécution du décret attaqué (...) n'a à être signée ou contresignée par le ministre du Commerce et de l'Artisanat ».

²² Souligné par nous.

²³ CE, 30 octobre 1958, *Union mutuelle immobilière*, Rec. tables p. 811.

²⁴ CE, 20 mars 1992, Rec. Dalloz Sirey, 1992, IR, pp. 140-141.

²⁵ CE, Sect., 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport de Paris-Nord*, Rec. p. 580.

²⁶ CE, Sect., 2 juillet 1965, *Syndicat National des parcs automobiles*, Rec. p. 397.

concernés par la modification, c'est-à-dire ceux qui en sont strictement « responsables » ou « chargés de l'exécution »²⁷. Il nous semble que là encore se trouve justifié le choix du critère du vice de forme.

Le défaut de contreseing est considéré, par le Conseil d'Etat, comme un vice de forme et non comme un vice d'incompétence, n'en déplaise aux tenants de la thèse du ministre coauteur.

Le contreseing apposé par les ministres ne fait pas d'eux les auteurs juridiques d'un texte, comme il n'emporte pas à leur profit attribution du pouvoir réglementaire, lequel n'appartient qu'au Premier ministre. Le contreseing illustre la cohésion du collège gouvernemental et concrétise le rôle des ministres, à savoir celui d'exécuter le décret ou l'arrêté²⁸.

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas à faire l'objet d'interprétations par trop constructives dans le seul but de faire justifier par elle une certaine idée du pouvoir qu'offrirait l'action de contresigner. Certes, dans une affaire *Chambre de Commerce d'Orléans*²⁹, le commissaire du Gouvernement Tricot affirme : « Il est difficile d'admettre que ces ministres, tant par la nature de leurs attributions que du fait qu'ils avaient contresigné tous les décrets antérieurs, ne faisaient pas partie des ministres intéressés ». Et l'on peut à juste titre constater que par son arrêt le Conseil d'Etat « substitue (...) sa propre appréciation à celle du chef du Gouvernement pour la détermination des ministres suffisamment « intéressés » par les dispositions d'un décret (...) »³⁰. L'interprétation nous semble néanmoins quelque peu audacieuse qui consiste à considérer que les ministres dont le contreseing faisait défaut n'ont pu de ce fait exercer leur compétence d'édiction de l'acte, alors que le juge ne semble que rechercher quels ministres, et les services qu'ils dirigent, étaient intéressés par l'application des mesures. On remarquera de surcroît, si cela est nécessaire, que l'arrêt évoqué date de 1957.

Au mieux donc, et ainsi que l'expliquait M. Chapus, le contreseing permettra de « prévenir les divergences de vues qui nuiraient à la cohérence de l'action gouvernementale et apparaît comme un facteur de coordination et une technique de bonne administration »³¹. Le commissaire du gouvernement Jouvin, dans ses conclusions sur l'affaire *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol*, avait bien circonscrit le cadre du contreseing comme relevant d'une règle de forme : celui-ci, disait-il, correspond à « l'engagement du ministre de faire exécuter le décret, mais il n'est que cela et l'on ne saurait y voir une sorte d'approbation de l'œuvre (du chef du gouvernement) nécessaire à la perfection du décret. Le contreseing n'associe pas les ministres à l'exercice du pouvoir réglementaire... »³².

De surcroît, ainsi que S. Regourd avait pu le dire, il convient, dans tous les cas, d'opérer avec précaution s'agissant du passage de la notion de compétence à celle de coauteur. En effet, « la compétence ne s'analyse stricto sensu que par rapport à « l'acte intermédiaire ». L'organe qui l'édicte ne peut être lui-même défini que comme auteur de son propre acte et rien n'autorise à le considérer comme co-auteur, de « l'acte final » »³³.

La restriction du contreseing des ministres à une fonction purement administrative sous la Constitution de 1958

²⁷ CE, Sect., 21 février 1958, *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol*, Rec. p. 122 ; CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, Rec. p. 257 ; CE, 29 juillet 1998, *Synd. des avocats de France*.

²⁸ Cf. ARDANT (P.), *Le Premier Ministre en France*, Paris, éd. Montchrestien, coll. Clefs Politique, 1991, p. 110.

²⁹ CE, Ass., 12 juillet 1957, Rec. p. 474.

³⁰ WIENER (C.), *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, thèse, Paris, éd. LGDJ, 1970, pp. 50-51.

³¹ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, Paris, 2000, p. 209.

³² CE, 21 février 1958, *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol*.

³³ REGOURD (S.), *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1982, p. 323.

Le contreseing des actes du Président de la République doit être envisagé à la lumière de la logique institutionnelle.

Il ne faut bien entendu pas perdre de vue le dés- ou le rééquilibrage – chacun aura son avis – des institutions en cas de cohabitation, qui modifiant les rapports au sein de l'exécutif, donne une autre fonction au contreseing, parallèlement à la re-parlementarisation du régime.

En dehors de cette hypothèse, et s'agissant des actes du Président de la République, le contreseing du Premier ministre a, comme dans tout régime parlementaire classique, pour fonction première de formaliser la responsabilité du chef du gouvernement, à raison des actes présidentiels, devant le Parlement³⁴. Il en va différemment concernant le contreseing exigé des ministres.

Ainsi que l'ont fait valoir MM. Hauriou, Gicquel et Gélard³⁵ : « la règle du contreseing, symbole de la soumission du Président de la République au Gouvernement avant 1958, a été, d'une part limitée dans son domaine en 1958 (article 19 de la Constitution) et d'autre part neutralisée par la pratique. Désormais, le contreseing est un dû pour les ministres ».

Et, à l'analyse de la célèbre et controversée conférence de presse du général de Gaulle du 31 janvier 1964, lors de laquelle celui-ci estime notamment que le chef de l'Etat « décrète ou non, les mesures qui lui sont proposées »³⁶, le contreseing ministériel ne peut plus être envisagé comme traditionnellement. S'il désignait naguère quels ministres se trouvaient assumer la responsabilité des actes du chef de l'Etat devant le Parlement, il semble qu'il corresponde davantage, sous la V^e République, à l'expression de la responsabilité ministérielle vis-à-vis du Président de la République³⁷.

Le contreseing n'est nullement la traduction d'un pouvoir normatif mais peut, il est vrai, constituer un moyen politique de pression sur le Président ou le Premier ministre. L'expression, avouons-le, est forte : la grève du contreseing de M. Pinay prit fin avec sa révocation³⁸. De même, en août 1961, un ministre, Edmond Michelet, qui refusait de contresigner un texte proposé par le Premier ministre, fut dans l'obligation de se démettre³⁹.

Nous sommes loin, on en conviendra, des III^e et IV^e Républiques où l'on pouvait dire que si les discours du Président de la République n'étaient pas contresignés pour ne pas offenser la dignité de la fonction, l'absence d'un imprimatur se trouvait comblée par « la présence d'un ministre à ses côtés [tenant] lieu de contreseing »⁴⁰.

³⁴ Il est ainsi énoncé à l'article 3 de la loi du 25 février 1875 : « *Chacun des actes du Président de la République doit être contresigné par un ministre* ». L'article 38 de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « *chacun des actes du Président de la République doit être contresigné par le Président du Conseil des ministres et par un ministre* ».

³⁵ *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 964.

³⁶ Ajoutons, sur un autre plan mais dans un même ordre d'idée, que la catégorie des décrets délibérés en Conseil des ministres n'ayant fait l'objet d'aucune définition matérielle, cette sphère a pu être encore captée par l'autorité présidentielle. Et l'on sait que tout décret ayant été effectivement délibéré en Conseil des ministres, et alors même qu'aucun texte n'imposait cette délibération, doit être signé par le Président de la République (CE, 10 septembre 1992, *Mejez*).

³⁷ BERLIA (G.), « La conférence de presse du Président de la République du 31 janvier 1964 », *RDP*, 1964, p. 128.

³⁸ DEBBASCH (Ch.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), BOURDON (J.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 4^e éd., 2001, p. 776.

³⁹ MONGODIN (B.), *Les ministres de la Cinquième République sous les présidences du général de Gaulle et de Georges Pompidou*, thèse, droit, Paris II, 1975, p. 91.

⁴⁰ MASSOT (J.), *Le Chef du Gouvernement en France*, Paris, La documentation française, Notes et études documentaires, 1979, p. 110.

Il est vrai que, sous la III^e République, le Président se trouvait en quelque sorte dans une situation de dépendance juridique vis-à-vis des ministres, qui pouvait s'accompagner d'une forme de paralysie politique. Ainsi que l'expliquait Hauriou, « le loyalisme des Anglais pour leur souverain est une force qui peut contre-balancer le pouvoir politique d'un premier ministre, bien qu'elle soit d'un autre ordre. Un Président de la République élu ne bénéficie d'aucune influence sociale particulière ; s'il n'a pas de pouvoir politique, il n'a rien »⁴¹. En tout état de cause, les attributions exécutives se trouvent alors « indivises entre le président de la République et les ministres ; elles sont indivises entre le seing et le contreseing »⁴².

Certes encore, sous la Constitution de 1946, le contreseing emportait la responsabilité à la fois du Président du Conseil et du ministre contresignataire. Mais est-il crédible de réaliser un parallèle entre des régimes fondamentalement différents pour justifier la thèse du contreseing, acte de co-édiction ? Il est vrai aussi que la Constitution de 1791 prévoyait le contreseing des ministres à côté de la signature du roi et cela apparaissait comme « l'attribution la plus importante de ceux qui ont dans leurs mains tous les ressorts de la vie publique »⁴³.

En revanche, dans le cadre de la V^e République, outre le fait que, « novation fondamentale de la Constitution »⁴⁴, une partie des pouvoirs du Président de la République échappe au contreseing, la responsabilité pèse sur le chef du gouvernement. Il ne faut alors pas entendre l'expression « ministre responsable » (article 19) comme entraînant une telle responsabilité ministérielle. Oui, le contreseing engage la responsabilité de son auteur, mais cette responsabilité est celle de mettre en œuvre « une mesure administrative particulière »⁴⁵.

Au moment de la rédaction de l'article 19 de la Constitution, le projet du Garde des Sceaux, qui prévoyait le contreseing de certains actes du chef de l'Etat par le Premier ministre et le cas échéant par les ministres intéressés, avait été amendé par le général de Gaulle dans le sens d'une suppression du contreseing des ministres (mi-juin 1958). Or, il semble que si les ministres ne contresignent pas les actes du Chef de l'Etat, « cela soit voulu par le général de Gaulle lui-même »⁴⁶. Par la suite, le contreseing « le cas échéant » des ministres est réintroduit en Comité ministériel constitutionnel. Enfin, le projet est adopté par la Commission constitutionnelle le 25 août 1958. On peut suggérer que le refus originel de faire contresigner les actes présidentiels par les ministres rappelle la place occupée par ces derniers dans le nouveau régime. Simples techniciens, comme voulu par le Constituant, chargés d'appliquer les normes, leur contreseing, même s'il est prévu, ne saurait être considéré comme un pouvoir normatif.

Comme l'explique A. Célard, la responsabilité du ministre doit s'interpréter « au sens dans lequel on dit parfois que telle personne est responsable d'un service », c'est-à-dire seulement comme une responsabilité « d'essence administrative »⁴⁷. Le contreseing apposé par le Premier ministre et celui opéré par les ministres n'est donc pas de même nature.

D'ailleurs, alors que l'absence de contreseing du Premier ministre conduit le juge à annuler la décision ou le décret présidentiel, la même irrégularité concernant le contreseing d'un ministre n'entraîne pas d'emblée l'illégalité de l'acte. Simplement, le décret est inapplicable aux fonctionnaires qui relèvent de ce ministère : CE, Sect., 19 décembre 1980, Eck⁴⁸.

⁴¹ HAURIU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 410-411.

⁴² Ibid., p. 411.

⁴³ PIERRE (E.), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, tome 1er, Paris, Editions Loysel, rééd., 1989, p. 114.

⁴⁴ CHAPSAL (J.), *La vie politique sous la V^e République, Tome 1 : 1958-1974*, Paris, PUF, coll. Thémis, 5^{ème} éd., 1993, p. 87.

⁴⁵ VIRALLY (M.), Note sous CE, 10 juillet 1954, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques*, Recueil Dalloz Sirey 1955, jurisp., p. 333.

⁴⁶ DEBRE (J.-L.), *Les idées constitutionnelles du Général de Gaulle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. XLIX, 1974, p. 193.

⁴⁷ CELARD (A.), *Le partage du pouvoir réglementaire de l'Etat (Contribution à l'étude du système normatif du droit public français)*, op. cit., p. 646.

⁴⁸ Rec. p. 480.

Quant à la nature du contreseing de l'article 22, son caractère administratif doit être souligné.

M. Mongodin constate, au terme de son étude relative aux « *ministres de la Cinquième République sous les présidences du général de Gaulle et de Georges Pompidou* »⁴⁹, que si la jurisprudence du Conseil d'Etat révélait sous la IV^e République une interprétation restrictive de la règle du contreseing dans le but de contenir leur nombre, « *au contraire depuis 1958 il exige que ceux-ci soient nombreux lorsqu'on se trouve dans l'hypothèse d'actes non délibérés en Conseil des Ministres, et pris en vertu du pouvoir réglementaire autonome prévu par l'article 37 de la Constitution* »⁵⁰. Une espèce de volte-face a donc été opérée par le juge administratif, comme si ce dernier avait la volonté de délimiter le pouvoir d'une autorité seule qu'est le Premier ministre, au bénéfice des autres membres du gouvernement affaiblis sous l'empire du régime de 1958.

La résolution du problème de la nature du contreseing sous le régime de 1958 a été envisagée parfois sous l'angle de la continuité jurisprudentielle, amenant certains observateurs à estimer que « *la rédaction de l'article 22 étant ce qu'elle est, il semble difficile de penser que le constituant de 1958 a entendu, en réalité, limiter la portée des règles antérieures. Il n'y avait donc aucune raison, en présence d'un texte clair et relativement précis, de se référer à l'intention prêtée au constituant et d'abandonner la jurisprudence Sicard* »⁵¹. Une telle interprétation, à l'aune d'un continuum administratif intangible, d'une « *Constitution administrative* », selon la formule heureuse du doyen Hauriou, nous semble discutable, bien qu'elle fut proposée dans une période incertaine et mouvementée, il est vrai.

Il n'empêche : le contreseing de l'article 22 ne revêt qu'une fonction de type administratif⁵². Le commissaire du gouvernement Galabert semble, là-aussi, dire la même chose dans ses conclusions sur l'affaire *Pelon*.

Le commissaire du gouvernement Jouvin avait d'ailleurs très tôt démontré que le contreseing du ministre permet à ce dernier d'indiquer « *qu'il a eu connaissance de la décision du président du Conseil, qu'il a examiné les problèmes que soulève, pour son département, l'exécution de cette décision et qu'il concourra à son exécution dans la mesure où celle-ci intéresse les services qu'il dirige. Le contreseing est en quelque sorte l'engagement du ministre de faire exécuter le décret, mais il n'est que cela et l'on ne saurait y voir une sorte d'approbation de l'œuvre du président du Conseil nécessaire à la perfection du décret. Le contreseing n'associe pas les ministres à l'exercice du pouvoir réglementaire que la Constitution a réservé au président et non à un organisme collégial. Si un décret intéressant un ministre déterminé n'est pas revêtu du contreseing du titulaire de ce département, ce décret n'émane pas d'une autorité incompétente, il émane irrégulièrement de l'autorité compétente* »⁵³.

Le même commissaire du gouvernement poursuivait en expliquant que le contreseing ne signifie même pas l'existence d'une participation à l'élaboration du contenu du décret, car le pouvoir réglementaire n'appartient pas aux ministres. Sa démonstration s'achevait sur le constat que, en définitive, « *le contreseing d'un ministre n'a d'effet qu'à l'égard de la partie du décret qui intéresse le département de ce ministre en dépit du fait que le contreseing est donné de façon générale* »⁵⁴.

Les membres du gouvernement qui ont la charge, en propre, d'un département ministériel, se voient appliquer le régime normal du contreseing. C'est ainsi que, par un avis du Conseil d'Etat du 11 juin 1974 relatif

⁴⁹ MONGODIN (B.), *Les ministres de la Cinquième République sous les présidences du général de Gaulle et de Georges Pompidou*, op. cit., 583 p.

⁵⁰ Ibid., p. 109.

⁵¹ GENTOT, FOURRE, « Le contreseing des actes réglementaires du Premier Ministre », op. cit., p. 85.

⁵² Voir CELARD (A.), *Le partage du pouvoir réglementaire de l'Etat (Contribution à l'étude du système normatif du droit public français)*, op. cit., p. 127.

⁵³ JOUVIN, Conclusions sur CE, Sect., 21 février 1958, *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol et sieur Cayrol*, Rec. p. 126.

⁵⁴ Ibid., p. 127.

au contreseing des secrétaires d'Etat autonomes⁵⁵ et un arrêt du 21 janvier 1977, *Péron, Magnan et autres*⁵⁶, les secrétaires d'Etat autonomes sont, pour ce qui est du régime du contreseing, considérés comme des ministres. S'agissant en revanche des secrétaires d'Etat « *rattachés* », qui certes peuvent disposer de services mais qui en tout état de cause restent subordonnés à l'autorité hiérarchique du ministre plein, le régime est différent. Le Conseil d'Etat en effet n'exige pas leur contreseing⁵⁷, ce qui peut être là aussi interprété comme la preuve de l'administrativité du contreseing ministériel sous la V^e République : celui-ci formalise la prise en charge administrative, par celui qui en est le responsable hiérarchique, de l'exécution du décret.

Les ministres censés apposer leur contreseing sur les actes du Premier ministre sont bien, aux termes de l'article 22 de la Constitution ceux qui sont chargés de l'exécution, c'est-à-dire ceux qui seront chargés de prendre les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution du décret en cause⁵⁸. Dès lors, si le décret en cause ne nécessite pas de mesure d'exécution, il n'a pas à être contresigné⁵⁹.

Et la compétence des ministres dans le domaine concerné par le texte n'implique pas nécessairement qu'ils doivent contresigner le texte⁶⁰. Le contreseing du ministre des Finances, même s'il est souvent présent, n'est pas rendu nécessaire, sauf texte contraire⁶¹, par le seul fait que la décision a des répercussions financières⁶². De la même façon, le fait que les préfets se voient confier une compétence par un décret n'oblige pas nécessairement que celui-ci soit contresigné par le ministre de l'Intérieur⁶³. L'important, dans la détermination du ministre contresignataire, et le Conseil d'Etat l'a bien indiqué, n'est pas la prise en compte des termes des décrets relatifs aux attributions des ministres, mais bien l'existence de mesures d'exécution nécessaires⁶⁴.

Le défaut de contreseing de ministres qui ne sont intéressés qu'accessoirement par les effets de l'acte n'entache pas sa validité⁶⁵.

Les contreseings requis pour la modification du décret initial sont, comme nous l'avons déjà vu, fonction de celle-ci et peuvent donc être moins nombreux que sur le décret d'origine⁶⁶.

Il est à noter que se trouvent dispensés du contreseing les actes du Premier ministre concernant un service qui lui est attaché et pour lequel il doit être regardé comme le seul « *ministre chargé de*

⁵⁵ Voir RDP 1975, p. 222.

⁵⁶ CE, 21 janvier 1977, *Péron, Magnan et autres*, Rec. p. 30.

⁵⁷ CE, 24 juin 1955, *Synd. nat. des ingénieurs de la navigation aérienne*, Rec. p. 353 ; CE, 8 juillet 1988, *Union nat. des synd. de médecins des hôpitaux publics*, Rec. p. 281 ; CE, 28 mai 1984, *Ordre des avocats de Saint-Denis de la Réunion*, DA 1984, n° 295.

⁵⁸ CE, 27 avril 1962, *Sicard*, Rec. p. 279 ; CE, Ass., 1er février 1963, *Syndicat national du personnel organisme d'assurance de la région parisienne*, AJDA 1963, p. 101 ; CE, 7 décembre 1973, *Le Conteur et Sloan*, Rec. p. 704 ; CE, Sect., 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport de Paris-Nord*, Rec. p. 580 ; CE, Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. p. 198 ; CE, 12 mai 1986, *Association des anciens élèves de l'IRA de Lille*, Rec. p. 140 ; CE, 17 janvier 1990, *David*, Rec. p. 2 ; CE, Ass., 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'ENA*, Rec. p. 168.

⁵⁹ CE, Ass., 10 juillet 1981, *Union patronale des Hauts-de-Seine*, Rec. p. 305.

⁶⁰ CE, 23 décembre 1981, *Commune de Thionville*, Rec. p. 484.

⁶¹ Par exemple : article 15 de l'ordonnance du 9 octobre 1945.

⁶² CE, 2 juin 1965, *Clarac*, Rec. p. 329 ; CE, Ass., 26 novembre 1976, *Soldani*, Rec. p. 508 ; CE, Ass., 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'ENA*, Rec. p. 168.

⁶³ Par exemple : CE, 12 avril 2002, *Fédération des industries de la Parfumerie*, req. n° 230848.

⁶⁴ CE, Ass., 8 juillet 1994, *Tête*, Rec. p. 353.

⁶⁵ CE, 30 octobre 1958, *Houillères du Nord*, Rec. p. 512 ; CE, 9 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants de médecine*, Rec. p. 310.

⁶⁶ CE, Ass., 9 mai 1958, *Conseil National de l'ordre des pharmaciens*, Rec. p. 269 ; CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, Rec. p. 257 ; CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, AJDA 1998, p. 1010, concl. Schwartz.

l'exécution »⁶⁷. Peut-être est-ce là une preuve supplémentaire du caractère purement administratif du contreseing : celui-ci n'est que la trace de la prise en charge par le ministre de la question concernée pour ce qui est de son application. Il existe donc bien une différence fondamentale, de nature, entre la signature et le contreseing, entre le contreseing primo-ministériel et le contreseing ministériel.

⁶⁷ CE, 3 décembre 1980, *SNESUP*, Rec. p. 454.