



Stéphane MOUTON  
Professeur de droit public à l'Université Toulouse-Capitole  
Directeur de l'institut Maurice Hauriou

## Plaidoyer pour un statut plus transparent des cabinets ministériels ?

**Mots-clés :** cabinets ministériels - constitution

Une reconnaissance constitutionnelle des collaborateurs permettrait de consacrer le vertueux mouvement juridique qui tente de résoudre la situation intenable dans laquelle les plonge le paradoxe qui les enferme : politiquement, leur existence est incontestable et incontestée. Mais juridiquement leur existence est minorée, comme leurs fonctions. Reconnus par la Constitution, ils deviendraient visibles juridiquement et donc contrôlables notamment par le biais des contrôles des deniers publics que le pouvoir gouvernemental engage pour son organisation et son fonctionnement.

Appréhender la situation juridique, voire la question relative à la création d'un statut juridique des cabinets ministériels par l'angle du droit financier se révèle être une approche très intéressante. Ce droit apporte un éclairage très utile sur un domaine très sensible, celui de l'utilisation par le pouvoir exécutif, concrètement détenteur du pouvoir, des deniers publics pour son propre fonctionnement. Démêler l'écheveau complexe des liens par lesquels cet organe rémunère ceux qui le servent revient à tenter de mettre à jour le fonctionnement concret des rouages de l'État, de mettre en lumière l'exercice réel du pouvoir.

Sur la question de la transparence financière des entourages élyséens et ministériels, de grands progrès ont été réalisés ces dernières années,

et surtout depuis le tournant 2008 et 2012<sup>1</sup>. Mais à lire les documents budgétaires, qu'ils soient « jaunes » ou « bleus », des zones d'ombre planent toujours. À bien y regarder même, l'ensemble de ces progrès ne permettraient pas de toucher encore au vrai cœur du problème, celui des mouvements concrets des deniers relatifs à la rémunération personnelle faite par les membres du Pouvoir gouvernemental aux femmes et aux hommes qui les servent. Pour aller à l'essentiel, derrière les montants et les ventilations d'ensemble, le Pouvoir ici retrouverait son réflexe naturel, celui du secret, de l'ombre et de la discrétion pour évacuer le sujet. Qu'en est-il très concrètement des rémunérations pour « sujétions particulières » par exemple ?<sup>2</sup> Or dans l'ignorance sur ces questions, c'est une ombre qui plane encore sur l'exercice du pouvoir dont

<sup>1</sup> Voir M. Caron : « L'opacité financière régnant dans les entourages de l'Exécutif », in *Le règne des entourages, cabinets et conseillers de l'Exécutif*, Chapitre 9, SciencesPo, Les Presses, 2015, p. 313 et s.

<sup>2</sup> E. Forey, Cf. intervention dans le présent colloque.

## Dossier

## &gt; Cabinets ministériels et finances publiques

les rouages échappent concrètement aux éclairages que le droit cherche à faire sur les couloirs et les salons où très concrètement se prennent les décisions. De ce point de vue donc, une clarification juridique ici constitue une condition décisive pour la réalisation d'une démocratie financière pleinement transparente et sincère où le droit ferait voler en éclats le « secret dépense »<sup>3</sup>.

Alors qu'en est-il du droit actuellement en vigueur ? Est-il suffisant ? La question ressurgit de manière récurrente sous la Ve République dont l'histoire est émaillée de faits politico-financiers où les collaborateurs sont souvent impliqués et suspectés.

Du point de vue juridique, sa résolution est complexe pour deux grandes séries de raisons. D'un strict point de vue organique en premier lieu, les collaborateurs sont invisibles. Ce sont des personnes reliées *intuitu personae* à l'une des trois grandes autorités qui composent « le pouvoir gouvernemental », seules visibles au plan juridique. Que ce soient des hauts fonctionnaires détachés et « prêtés<sup>4</sup> » par leur administration où des personnes privées sollicitées par contrat, il s'agit toujours de personnes recrutées selon des critères où se mêlent de manière subtile compétence technique et confiance politique dont le Président de la République, le 1<sup>er</sup> ministre et les ministres maîtrisent seuls le dosage<sup>5</sup>.

D'un point de vue matériel en second lieu, leurs fonctions sont illisibles au plan juridique. Dévolues à des fonctions techniques de préparation, d'organisation dans la mise en œuvre de décisions administratives, politiques, diplomatiques, stratégiques ou militaires appartenant à leur autorité de rattachement, ils ne disposent pas de compétences propres juridiquement identifiées. Ce n'est donc pas que le droit les ignore. Mais la conjonction de ces deux raisons a pour conséquence de faire disparaître les collaborateurs de l'organisation constitutionnelle du pouvoir gouvernemental (suivant le principe selon lequel la responsabilité suit la compétence)<sup>6</sup>.

Ce sont ces raisons qui expliquent la difficile emprise du droit sur ce phénomène politique massif encore neutralisé par trois facteurs qui soulignent d'ailleurs une dangereuse réalité dans notre système constitutionnel, celle de l'absence de vrais et réels contrepouvoirs à l'action exécutive. Une réalité administrative d'abord, et vertueuse dans son principe, celle de l'effacement concret des hommes dans la mise en œuvre des décisions gouvernementales qui sont techniquement réalisées par un pouvoir administratif dont la légitimité repose elle-même sur un principe de domination légale rationnelle. Un paradoxe

constitutionnel ensuite, celui de la fragile culture des *checks and balances* dans un système constitutionnel marqué par le développement croissant de la puissance du pouvoir gouvernemental. Un habitus politique enfin, celui du faible réflexe parlementaire à contrôler le Gouvernement, ce qui rend d'autant plus important le travail de contrôle plus ou moins isolé mené par certains députés.

Pourtant, en dépit de ces difficultés, et certes de manière parcellaire, ponctuelle, le droit est quand même venu se saisir, toujours de manière empirique, de la question des collaborateurs de l'exécutif.

Une accélération textuelle, récente, est même à souligner. Elle est venue renforcer le corpus juridique empirique, fragile, à mesure que l'influence de cet organe constitutionnel s'est affirmé dans le parlementarisme moderne depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>7</sup>. Le droit se saisit donc progressivement de différentes questions relatives à leur existence au sein des ministères Et aujourd'hui, ils apparaissent clairement dans le droit positif. Un texte leur est même consacré. Il s'agit du décret du 14 juin 2017 *relatif aux collaborateurs du Président de la République et des membres du Gouvernement*. Sur le plan organique, ses articles 1er et 2 cherchent à mieux préciser la qualité des collaborateurs en interdisant les liens familiaux, et à développer le régime des sanctions applicables sur ce point, après que le décret du 18 mai 2017 relatif aux cabinets ministériels pris sous l'autorité du Président Macron réduise dans son article 1er le nombre des collaborateurs des ministres (10), ministres délégués (8) et secrétaires d'État (5). Le point est important, car cette limitation quantitative des collaborateurs constitue un sérieux facteur de maîtrise financière et de contrôle sur le recrutement des collaborateurs. Du point de vue matériel, dès 2007 avec le discours d'Epinal, 2008 avec le Rapport Ballardur, dans le but de lutter contre l'opacité notamment financière entourant les missions remplies par les services de l'Élysée, Nicolas Sarkozy prit la décision de rattacher à ces services les collaborateurs, dont les rémunérations étaient prises en charge par différentes administrations, afin d'assurer une transparence, selon les vœux du député Dosière, qui encouragerait un contrôle plus rigoureux de leurs actions par la Cour des comptes notamment.

Sur la question sensible des rémunérations, et la « polémique » lancée par Jacques Chirac à l'encontre de son 1<sup>er</sup> ministre Lionel Jospin à propos des primes allouées sur « fonds spéciaux », le droit est encore venu clarifier la situation avec notamment les deux décrets du 5 décembre

<sup>3</sup> Selon l'expression de G. Carcassonne, in *Préface de l'ouvrage L'argent caché de l'Élysée*, Paris, Seuil, 2007

<sup>4</sup> S. Riols, *La Présidence de la République*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1983, p. 47. D'un point de vue juridique, prêtés, ils sont nommés par arrêté non contresigné, *Ibid.*, p. 105.

<sup>5</sup> Voir ici notre contribution, « L'inexistence juridique du collaborateur de l'exécutif », in *Le règne des entourages : cabinets et conseillers de l'exécutif*, (Dir. Jean-Michel Eymeri-Douzans, Xavier Bioy et Stéphane Mouton), SciencesPo Les presses, 2015.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Décrets du 13 fév. 1912, des 21 et 22 novembre 1917 ; décret du 14 juillet 1924 ; décret du 2 mai 1925 ; décret du 31 janvier 1935 ; décret du 12 mars 1935. Sur l'organisation des cabinets ministériels, décret du 28 juillet 1948.

2001. Ils sont désormais retracés dans les crédits globaux et identifiés dans une dotation annuelle concernant les cabinets ministériels. Quelques progrès sont également à constater, certes de manière indirecte, mais réelle, grâce aux obligations et interdictions importantes établies par le droit sur leur situation. Si le droit a toujours du mal à saisir la nature de leurs fonctions, la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence et à la moralisation de la vie publique, portant création d'une agence française anticorruption, a d'abord consacré l'exigence de transparence et de probité des acteurs publics en demandant aussi aux collaborateurs de faire une déclaration de patri-

moine et en précisant les relations qu'ils peuvent eux aussi avoir avec des représentants d'intérêt. Dans le même sens, la loi du 15 sept. 2017 *pour la confiance dans la vie politique* interdit toute rémunération au profit des collaborateurs par ces mêmes représentants d'intérêt. Certes, il ne s'agit pas ici de conditions précises qui s'imposeraient à la rémunération directe et personnelle des autorités de tutelles, Président, 1<sup>er</sup> Ministre ou ministres à l'égard de leurs personnels de soutien. Mais la loi va dans le bon sens. Elle pose quelques conditions essentielles pour la détermination d'un cadre éthique sur cette délicate question.

## 1 La difficulté d'aller plus loin

Peut-on aller plus loin ? Sans sombrer dans un angélisme juridique visant à vouloir circonscrire tous les faits politiques dans une règle (comment apprécier l'impact des rencontres avec les visiteurs du soir... ?), ou une « *névrose de la transparence* » comme le soulignait Xavier Cabannes dans le présent colloque, le droit devrait déterminer les conditions juridiques sinon d'un statut, du moins d'une situation juridique plus claire des collaborateurs. Et il est un domaine ici oublié, le droit de la Constitution ! Si « *étendre la Constitution à tout, c'est faire de tout un danger pour elle* » comme le disait en substance Benjamin Constant, il nous semble qu'elle devrait se saisir de ce sujet, d'en fixer les principes fondamentaux relayés, sur les questions techniques, par les textes législatifs et réglementaires. En effet, la Constitution ne peut rester silencieuse pour deux raisons.

D'une part, la Constitution devrait reconnaître l'existence des collaborateurs car il est un constat indiscuté désormais dans le fonctionnement des démocraties modernes : les collaborateurs participent pleinement à la réalisation des décisions prises par les autorités constitutionnelles. Il est même reconnu que la fonction ministérielle au moins, est une fonction remplie par une équipe plus que par une personne : « *le ministre ne serait même plus une personne physique* »<sup>8</sup>. A la croisée d'une dimension politique et administrative, la fonction ministérielle tend à se détacher de la personne lorsque la concrétisation des décisions implique une gestion administrative. Une qualification constitutionnelle permettrait alors de pleinement reconnaître dans leur rôle d'exécutants de la fonction gouvernementale.

D'autre part, cette reconnaissance s'impose encore à la lumière d'un fait politique. Comme le

démontre à loisir la présente législature, les collaborateurs cristallisent en grande partie les dysfonctionnements d'un parlementarisme énévéré par un présidentielisme de fait qui neutralise concrètement tous les mécanismes de contrôle constitutionnel du pouvoir gouvernemental par les autres pouvoirs. Soutenu par l'onction présidentielle issue de l'élection au suffrage universel direct, le Président de la République (à la place de "il") jouit en réalité d'une immunité politique prompte alors à justifier tous les fantasmes d'impunité et de toute puissance, dont les collaborateurs juridiquement masqués par leur inexistence, seraient les ingénieurs secrets. Le pas alors est vite franchi de les considérer comme de mauvais génies toujours prompts à ourdir, protégés par leur inexistence juridique, intrigues et complots au service politique et financier des Princes inspirés par une toujours mauvaise raison d'État.

Seule une reconnaissance constitutionnelle permettrait de consacrer le vertueux mouvement juridique qui tente de résoudre la situation intenable dans laquelle les plonge le paradoxe qui enferme les collaborateurs : politiquement, leur existence est incontestable et incontestée. Mais juridiquement leur existence est minorée, comme leurs fonctions. Reconnus par la Constitution, ils deviendraient visibles juridiquement et donc contrôlables. Comment ? Deux pistes sont néanmoins possibles

Du point de vue organique, la Constitution pourrait contenir d'abord le principe d'une nomination des collaborateurs par les autorités constitutionnelles. Réglée par décret comme on l'a vu, et seulement pour les ministères, non la présidence de la République encore... la question du nombre doit être rehaussée au plan constitutionnel. Certes la nomination demeurerait dis-

<sup>8</sup> Jean-Michel Emery-Douzans : « Le ministre n'est plus une personne physique », in *Le règne des entourages*, op.cit. p. 555 et s.

## Dossier

## &gt; Cabinets ministériels et finances publiques

créationnaire. Il s'agit là d'une évidence lorsque l'on sait que d'après l'article 8 de la Constitution, le pouvoir de désignation des membres du gouvernement est inconditionnel<sup>9</sup> et que le Conseil constitutionnel fait une interprétation restrictive des personnalités pouvant entrer dans le cadre de la procédure de nomination prévue à l'article 13 de la Constitution<sup>10</sup>. Mais cette reconnaissance constitutionnelle du nombre de collaborateurs fragiliserait l'opacité qui règne notamment sur le nombre des collaborateurs du président, question toujours non réglée juridiquement par exemple, et rattacherait clairement à la Constitution le droit relatif à la nomination des emplois laissés à la discrétion du gouvernement. Elle offrirait une base juridique forte aux dispositions législatives et réglementaires prises sur son fondement<sup>11</sup>. Ainsi, il deviendrait possible de mettre en place une certaine rationalisation juridique dans les procédures de nomination, plongée aujourd'hui dans les ombres de la décision personnelle, et de renforcer les fondements juridiques permettant aux juges de développer par exemple un contentieux sur le fondement du principe d'égalité consacré par l'article 6 de la Déclaration de 1789 par exemple<sup>12</sup>.

Du point de vue matériel, la Constitution pourrait définir aussi la nature de la fonction dévolue aux entourages. Ne disposant ni d'un pouvoir substitutif, ni de remplacement, ni d'exécution, la Constitution pourrait préciser que le Président de la République, les membres du gouvernement nomment ces entourages dans le but d'exercer un rôle « d'accompagnement dans l'exercice de

leurs fonctions ». Cela constitutionnaliserait les « fonctions de soutien » que les collaborateurs remplissent et dont la définition aujourd'hui se trouve dans une ... circulaire du 18 mai 2007. Ce texte dispose en effet que les collaborateurs ont vocation à assister les ministres « dans la définition, la transmission et le contrôle de l'application des décisions et orientations qu'ils souhaitent voir mises en œuvre par leurs services ». Une nouvelle circulaire du 24 mai 2017, très intéressante aussi, est venue également préciser les relations entre administrations et cabinets ministériels, les premiers ayant une « fonction de mise en œuvre des politiques publiques », les seconds une « fonction politique d'explication et d'orientation ». Ils auraient ainsi une existence juridique sans être détachés de leur autorité de tutelle. Cette avancée, finalement simple, aurait donc l'avantage de les rattacher à une organisation du pouvoir gouvernemental clairement identifiée, et de justifier le contrôle juridique plus précis des actions menées par les collaborateurs disposant d'une fonction politique d'explication et d'orientation tout de même, au nom de l'autorité constitutionnelle par le pouvoir gouvernemental lui-même, ou par les autres pouvoirs constitutionnels, qu'ils soient politiques, par les chambres parlementaires, ou judiciaires, à l'instar de la très décevante expérience de la Cour de justice de la République, promise d'ailleurs à une disparition prochaine.

Ces deux avancées ouvrent la voie à de nouvelles évolutions car il y a une nécessité d'aller plus loin.

## 2 La nécessité d'aller plus loin

Il est cependant nécessaire d'aller plus loin pour trois raisons.

La première raison est de nature politique : la reconnaissance de l'existence des collaborateurs de l'Exécutif dans le texte de la Constitution permettrait d'offrir un fondement juridique précis au contrôle politique que le Parlement pourrait exercer sur les actions menées par ces acteurs qui agissent au sein et pour le Gouvernement<sup>13</sup>. C'est le premier point. Elle participerait à dissiper les polémiques politiques entretenues par le pouvoir gouvernemental sur le fondement d'un « faux débat constitutionnel » qui l'invite à jeter la suspicion sur toutes velléités de contrôle menées sur son organisation et son fonctionnement par les Assemblées indépendamment des mécanismes classiques d'engagement de la responsabilité politique, que ce soit dans le cadre du

pouvoir d'enquête qui leur revient et du travail de contrôle que les commissions peuvent mettre en œuvre. À l'instar de ce que soulignait en effet Maurice Hauriou, le contrôle des parlementaires visant à établir la responsabilité des agents du pouvoir exécutif ne peut être considéré comme une ingérence des assemblées vis-à-vis du pouvoir judiciaire et comme une violation de la séparation des pouvoirs. Bien au contraire. Comme le rappelle fort pertinemment le doyen de Toulouse, « *Quand l'enquête revêt une forme judiciaire en ce qui concerne les témoignages, elle ne constitue pas un préjugé vis-à-vis de l'autorité judiciaire, au cas où celle-ci serait saisie des mêmes faits qualifiés de délictueux ; il n'y a pas de ce chef dérogation au principe de la séparation des pouvoirs. La chambre ne recherche*

<sup>9</sup> Comme le soulignent F. Hamon et M. Troper, « Président et 1<sup>er</sup> ministre peuvent désigner qui ils souhaitent, sans être tenus au respect ni de nombres, ni de dénominations, ni de structures », *Droit constitutionnel*, LGDJ, p. 559.

<sup>10</sup> Voir Déc. 677 DC par laquelle il considère que la fonction de président de l'INA n'entre pas dans le champ de l'art. 13... Alors que dire pour les collaborateurs ?

<sup>11</sup> Loi du 11 janv. 1984 relative à la nomination des emplois laissés à la discrétion du gouvernement et décret n° 85-779 du 24 juillet 1985. Voir CE 31 mai 2006, *Syndicat CFDT du ministère des AE*, n° 269635, *AJDA* 2006, p. 1899.

<sup>12</sup> Dans sa décision 94 QPC, le Conseil constitutionnel est venu préciser que le gouvernement ne jouissait pas ici d'une impunité ; que le large pouvoir d'appréciation ne pouvait aller à l'encontre des exigences fixées par l'art. 6 DDHC.

<sup>13</sup> Le fondement constitutionnel de ce contrôle résiderait bien sûr dans l'art. 24 de la Constitution du 4 oct. 1958.

point de punition répressive des coupables, mais seulement la responsabilité politique du gouvernement. Il ne saurait donc résulter de cette procédure aucune autorité de la chose jugée, bien qu'il puisse s'en dégager des certitudes morales (...) »<sup>14</sup>. De la sorte, le contrôle parlementaire relatif à la régularité et la pertinence de l'emploi des deniers publics utilisés par les membres du Gouvernement pour rémunérer leurs entourages et financer leurs actions pourrait constituer un levier très efficace à la mise en œuvre de ce contrôle politique. Le sujet est d'autant plus sensible que, dans les démocraties modernes, les fonctions politiques ont tendance à se « privatiser », la fonction présidentielle au premier chef. Dans un tel contexte, cette reconnaissance constitutionnelle aurait donc concrètement deux avantages.

En premier lieu, quant à leur situation institutionnelle et financière, le principe d'une nomination constitutionnelle et de la fixation précise du nombre de collaborateurs rattachés aux autorités exécutives générerait deux progrès. 1<sup>er</sup> progrès : elle éclaircirait définitivement le régime juridique des recrutements et établirait un critère juridique précis pour le contrôle que les parlementaires effectuent sur la base d'un bleu budgétaire depuis 2007. 2<sup>e</sup> progrès : cette avancée constitutionnelle continuerait de faire baisser et d'inscrire dans une plus grande transparence la dotation annuelle d'ISP des cabinets ministériels insérés dans les crédits globaux et retracés dans les « jaunes budgétaires » et assurerait une vraie clarification de la rémunération individuelle des collaborateurs.

En second lieu, comme au Royaume Uni par exemple, une identification constitutionnelle des collaborateurs permettrait de les rattacher clairement à l'équipe gouvernementale et par là même de faire entrer leurs fonctions dans le domaine des actes soumis à la responsabilité politique du gouvernement sur le fondement de l'article 24 de la Constitution. Ainsi, pourraient être esquivées là encore les polémiques relatives aux possibles interprétations de la séparation des pouvoirs qui interdirait ou pas aux assemblées d'effectuer un contrôle sur les collaborateurs en arguant d'une ingérence inconstitutionnelle des chambres dans un domaine qui appartient naturellement au pouvoir exécutif. La question a toujours été sensible dans une culture conflictuelle de la séparation des pouvoirs en France. Il convient aussi de rappeler dans le prolongement de ce constat, que depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, la construction juridique du contrôle administratif et juridictionnel (avec la création de la Cour des comptes en 1807) de l'action financière du pouvoir

exécutif s'explique par la volonté de ce dernier de neutraliser les ingérences des Chambres dans ce domaine dans les trois organisations constitutionnelles précédentes (1791, 1793 et 1795). Dès lors, la reconnaissance constitutionnelle de l'existence et des fonctions dévolues aux personnels de soutien déplacerait le débat relatif à la pertinence et la justification d'un tel contrôle de la polémique politique vers le terrain de l'argumentation. Sincérité budgétaire, bon usage des deniers publics sont autant de principes constitutionnels, consacrés par le juge constitutionnel, susceptibles de venir pertinemment à l'appui de la mise en œuvre de la fonction de contrôle de la loi de finances que les chambres parlementaires sont habilitées à exercer sur l'action gouvernementale avec d'ailleurs l'appui de la Cour des comptes désormais.

La deuxième raison est administrative. La détermination constitutionnelle claire d'une fonction d'accompagnement et de soutien aurait l'avantage d'inscrire l'action des collaborateurs dans un réseau de compétences juridiquement déterminé, celui des « actes accomplis dans l'exercice des missions gouvernementales ».

L'hypothèse d'un arrimage juridique des actes réalisés par les collaborateurs à la notion bien connue de la construction du régime de la responsabilité administrative, celle « des actes accomplis dans l'exercice (ou pas) des fonctions », pourrait faire jouer la saine distinction dégagée par l'arrêt Pelletier en 1873, celle qui différencie les « actes détachables » et les « actes non-détachables » à l'égard des collaborateurs<sup>15</sup>. C'est bien ce que confirme d'ailleurs le droit positif, comme démontre la jurisprudence établie lors de « l'affaire des écoutes de l'Élysée ». Ici le juge a bien distingué deux situations. Il existe d'une part une responsabilité de l'État à raison des « actes non détachables » exercés par les collaborateurs des pouvoirs exécutifs. Il existe d'autre part une responsabilité personnelle à raison des « actes détachables » exercés par les collaborateurs<sup>16</sup>.

Par là-même, la reconnaissance de cette distinction permettrait de dégager un critère juridique précis de mise en œuvre de la responsabilité de l'État et donc une réparation pour des préjudices causés par des collaborateurs associés à la mise en œuvre de la fonction ministérielle. D'ailleurs une réflexion ici est à mener sur leur qualité juridique. Le jaune « Personnels affectés des cabinets » pour le PLF 2019 par exemple souligne que ce ne sont pas des « personnes qui relèvent de la notion d'emploi permanent de l'État ». Sont-ils pour autant assimilables à la situation des « collaborateurs occasionnels » de l'Administration ?

<sup>14</sup> M. Hauriou: *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, pp. 526-527.

<sup>15</sup> TC 30 juil. 1873, *Pelletier*.

<sup>16</sup> Voir ici l'analyse de Ph. Ségur, « L'absence de responsabilité juridique des collaborateurs ; in *Les entourages de l'Exécutif*, op. cit. p. 336 et s.

## Dossier

> Cabinets ministériels et finances publiques

Ainsi, sans aller jusqu'à l'impossible détermination concrète de l'action dévolue à une personne le plus souvent dans l'exercice de missions, et sauf exception, une telle détermination pourrait rattacher les conséquences des actions mises en œuvre par les collaborateurs pour le compte des organes exécutifs à une responsabilité administrative pour faute de service. Plus qu'une vertu de clarification du droit, une telle évolution neutraliserait les tentations de criminalisation de fautes dont les concrétisations finissent toujours par de briser sur la difficulté matérielle à identifier les auteurs au plan individuel.

Car il est une troisième et dernière raison, peut-être la plus importante d'ailleurs dans un État de droit constitutionnel, de nature judiciaire. La clarification constitutionnelle de l'existence et des fonctions des entourages éclaircirait le périmètre des responsabilités personnelles du collaborateur pour le juge pénal. Relèveraient des responsabilités politiques et administratives les actes rattachables à la fonction de soutien. En revanche, les actes du collaborateur détachables de la fonction de soutien que ce dernier remplit pour le membre de l'Exécutif relèveraient de sa responsabilité pénale. Immédiatement, cette dissipation présente deux avantages.

En premier lieu, elle participerait au renforcement vertueux de la protection des collaborateurs face au mouvement de « *pénalisation des subordonnés* ». Elle contiendrait donc le développement d'une « responsabilité politique pour fait d'autrui » au détriment des collaborateurs, et ce dans un souci de protection de son autorité constitutionnelle de tutelle vis-à-vis de laquelle la responsabilité politique ne joue concrètement pas<sup>17</sup>. Clairement mise en lumière lors de l'affaire du sang contaminé, elle a pu encore se manifester dans des affaires politico-financières. Cette dernière démontrait d'ailleurs avec force que l'opacité financière qui entoure l'organisation de l'Exécutif et les collaborateurs pouvait d'abord et avant tout se retourner contre ces agents invisibles qui deviennent alors des fusibles pour protéger les ministres jouissant ici d'une immunité<sup>18</sup>.

En second lieu, en déterminant une condition essentielle à la construction d'un régime juridique

de la responsabilité pénale du collaborateur pour les actes détachables du collaborateur, une telle distinction poserait une condition à la mise en place d'un possible régime d'individualisation de la responsabilité pénale au détriment de ces acteurs publics laissés dans l'ombre du droit. Ce point est important. Comme l'a souligné la jurisprudence, le collaborateur peut surgir juridiquement et faire l'objet d'une identification lorsqu'il n'agit plus sous l'autorité du ministre. N'étant plus masqué par la fonction, il devient juridiquement visible. Dans un tel contexte alors, la théorie de l'« acte détachable » peut jouer deux fonctions. D'une part, elle donne la possibilité au collaborateur de s'émanciper de l'action du ministre lorsque ce dernier lui demande un agissement illégal. En ce sens, la théorie de la désobéissance du fonctionnaire peut s'appliquer ici, comme le rappelle la Cour de cassation en 2008 dans l'affaire des « Écoutes téléphoniques de l'Élysée ». Mais encore, n'étant plus sous la dépendance du ministre, elle permet d'autre part de dégager une responsabilité personnelle du collaborateur. En fin de compte, la « *dimension invasive de l'immunité des gouvernants* »<sup>19</sup> se trouve ici neutralisée car pour la justice pénale, comme l'a encore démontré l'affaire du sang contaminé, les conseillers ne sont plus dépendants des ministres. Comme l'a affirmé la Cour de cassation à propos de l'ancienne directrice de cabinet de Nicolas Sarkozy<sup>20</sup>, désavouant la Cour d'Appel sur ce point<sup>21</sup>, cette distinction joue aussi à l'égard des collaborateurs présidentiels qui ne sont pas protégés par les dispositions relatives à l'immunité présidentielles. Aucune disposition constitutionnelle en effet ne garantit une quelconque immunité des collaborateurs. Ces derniers restent soumis à une responsabilité pénale en cas de faute caractérisée, désormais visible pour le juge. Ainsi cette distinction assure un rétablissement possible d'une condition d'identification des preuves souvent trop difficile à trouver qui empêche le juge de poursuivre pour manque de preuve, ce qui ravive à tort l'image « *d'une justice aux ordres* » lorsqu'elle se trouve dans l'obligation de gracier des collaborateurs de l'exécutif notamment attachés à la présidence de la République<sup>22</sup>. ■

<sup>17</sup> O. Beaud, « Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés », in *La responsabilité des gouvernants* (Dir<sup>o</sup> O. Beaud et J.-M. Blanquer), Paris, Descartes & Cie, 1999.

<sup>18</sup> Voir par exemple l'affaire dite du « Carrefour du développement » et la responsabilité de Yves Charlier.

<sup>19</sup> Voir ici l'analyse d'O. Beaud in *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, PUF, Coll<sup>o</sup> « Béhémot », 1999.

<sup>20</sup> Cass. Crim. 19 déc. 2012.

<sup>21</sup> CA Paris, 7 nov. 2011.

<sup>22</sup> Voir ici *Le Monde*, 9 juil. 2019.