

Esteban RENAUD

DEUXIEME DISCOURS pour le PREMIER TOUR de la CONFERENCE DU
STAGE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE
CASSATION

ANNÉE 2024-2025

Séance n° 8 : Lundi 20 janvier 2024 à 18 heures – bibliothèque de l'Ordre

CE, 16 février 2024, *M. Ocana*, n° 470577

La légalité du refus opposé par le grand chancelier de la Légion d'Honneur de proposer au Président de la République de retirer à un étranger la distinction qui lui a été accordée doit-elle être appréciée par le juge à la date de l'acte attaqué, sans tenir compte des dispositions entrées en vigueur en cours d'instance ?

Rôle : demandeur (affirmative).

« L'incendie immense, le plus énorme, le plus effroyable, le cube de pierre géant, aux deux étages de portiques, vomissant des flammes. Les quatre bâtiments, qui entouraient la grande cour intérieure, avaient pris feu à la fois »

Dans la nuit du 23 mai 1871, ainsi décrite par Zola dans *La Débâcle*,...

L'enfer s'abat sur le Palais d'Orsay, siège du Conseil d'État.

Les communards l'ont pris pour cible.

Et incendié.

L'édifice est en feu.

Impossible de le sauver.

Monsieur le Président,

Madame, Messieurs les secrétaires,

Mesdames, Messieurs,

De nouveau, votre maison brûle, et vous regardez ailleurs...

Mais rassurez-vous, il est encore temps de la sauver.

« Quand la maison brûle, on ne demande pas au juge d'éteindre l'incendie », vous avait dit Romieu de son pupitre.

Mais vous ne le suivrez pas tout à fait en l'espèce.

Puisque c'est bien au juge de cassation qu'il incombe d'éteindre l'incendie provoqué par les juges du fond.

En préservant la cohérence de votre jurisprudence.

Car c'est bien sur les genoux de celle-ci qu'est né le recours en excès de pouvoir.

Il est même pour Prosper Weil le **fleuron** de votre œuvre jurisprudentielle.

Or on voudrait, en défense, vous ériger en Cronos dévorant l'un après l'autre ses enfants.

Si l'un d'eux doit survivre, c'est **bien** le recours en excès de pouvoir.

...

Au *Dalloz* 1962, un Huron imaginé par Rivero s'étonnait de ce recours si particulier.

Et comme les Hurons furent décimés par les colons américains sur les rives du lac Michigan,

Les tribus berbères des montagnes du Rif furent massacrées par les troupes françaises et espagnoles : ... Franco et Pétain, main dans la main.

Après la guerre du Rif, Franco est donc remercié par la France.

1928 : officier.

1930 : commandeur. Dans **l'Ordre de la** Légion d'honneur.

Aux grands hommes, la patrie reconnaissante...

De Mimie Mathy à Bachar-el-Assad, de Jean-Pierre Koff à Mussolini, la Légion d'honneur embrasse, il est vrai, un large spectre de valeurs.

Si quelques courageux, comme Sartre ou... Geneviève de Fontenay l'ont refusée, Franco, lui, s'y accroche encore, même après sa mort.

Et cette médaille continue évidemment d'interroger.

Si bien qu'un requérant, dont la famille a été victime des exactions franquistes, a demandé au grand chancelier de la Légion d'Honneur d'initier une procédure de retrait de cette décoration.

Un silence pesant lui est opposé.

Rejet par le tribunal administratif. Appel. Tout cela vous a été rappelé.

Seulement, voilà.

En 2018, en cours d'instance, intervint un décret modifiant le code de la Légion d'honneur.

Dorénavant, « Aucune action en retrait ne peut être poursuivie ou engagée contre une personne décédée ». *Deus ex machina*.

Quelle aubaine !

Mais n'y voyez pas là le fruit du hasard.

Le président Genevois l'admet sans ambages : l'objectif de cette modification était, je cite, de « couper court à toute controverse »...

Reste que la cour a **bien sûr** entendu le signal.

Se croyant fidèle à votre jurisprudence, elle a apprécié la légalité du refus non à la date à laquelle il est intervenu, en 2016, mais à la date de son jugement, en 2022.

Or à cette date, plus possible de retirer la Légion d'honneur à un mort :

Non-lieu à statuer.

L'affaire semblait pliée.

C'est ainsi que la question suivante nous brûle les lèvres :

La légalité du refus opposé par le grand chancelier de la Légion d'Honneur de proposer au Président de la République de retirer à un étranger la distinction qui lui a été accordée doit-elle être appréciée par le juge à la date de l'acte attaqué, sans tenir compte des dispositions entrées en vigueur en cours d'instance ?

C'est par l'affirmative que vous y répondrez.

Admettre le contraire, ce serait accepter de voir partir en fumée un édifice bicentenaire.

Car le recours en excès de pouvoir n'est pas à l'abris des flammes.

C'est **le combustible**, en premier lieu.

Si vous semblez avoir montré un infléchissement au nom d'une appréciation dynamique de la légalité, cette jurisprudence n'est pas ici applicable et pourrait menacer l'édifice.

C'est **l'étincelle**, en second lieu.

I. (Le combustible)

Le **combustible** menacé par les flammes, comme votre palais en 1871, c'est aujourd'hui le recours en excès de pouvoir.

Véritable machine à remonter dans le temps, c'est un retour... *vers le passé* qu'il impose au juge.

Jusqu'à le rendre historien ? Nous ne le croyons pas. Reste qu'il a toujours apprécié la légalité des actes administratifs à la date à laquelle ils ont été pris.

Cela fait du juge de l'excès de pouvoir un écrivain, à la recherche du temps perdu.

Qui sait reconstituer fictivement le passé.

C'est ***Le temps retrouvé***, d'abord.

Ces principes sont dictés par votre œuvre jurisprudentielle et visent à préserver l'État de droit. De ces principes, les juges sont prisonniers.

C'est ***La prisonnière***, ensuite.

A. (Le temps retrouvé)

Reprenons.

Le recours en excès de pouvoir impose de juger une décision à l'aune de son contexte d'adoption.

Certes, une telle quête du temps perdu est difficile à assumer.

Mais vous vous y montrez prêts, au prix de reconstructions qui vous mènent vers **le temps retrouvé**.

À nous de vous proposer un voyage vers le passé.

...

Il y a exactement 100 ans vous jugiez, dans votre arrêt *Rodière*, qu'il revient à l'administration de prendre les actes rétroactifs qu'exige une annulation contentieuse.

L'annulation d'une mesure d'éviction d'un agent public implique donc non seulement sa réintégration, rétroactive...

Mais aussi la reconstitution de son avancement.

Et comme le précise votre arrêt *Fontaine*, ces mesures de reconstitution de carrière, car elles sont rétroactives, doivent être prises **dans les conditions prescrites par les textes en vigueur à la date à laquelle elles auraient dû intervenir**.

En l'espèce, c'est bien d'un recours en excès de pouvoir dont la cour était saisie. Elle aurait donc dû apprécier la légalité du refus à la date à laquelle il est intervenu. Et appliquer le droit dans son état de 2016.

Comme le rappelle Montesquieu, « une vérité dans un temps est une erreur dans un. autre ».

Les juges d'appel se sont simplement trompés d'époque.

Ni la circonstance que Franco soit mort depuis 50 ans,

Ni le fait que le refus s'imposerait aujourd'hui au vu de la règle nouvelle ne font obstacle à la recevabilité du recours.

Vous jugez en effet que n'entraîne pas non-lieu dans les recours au fond la circonstance que l'acte attaqué ait cessé de produire ses effets.

La mort de l'intéressé n'efface donc rien et ne ferme pas le recours contre une décoration qui a bel et bien produit des effets et continue **symboliquement** d'en produire.

B. (La prisonnière)

« L'économie chinoise doit marcher sur ses deux jambes ».

Bokassa, Ceauescu, Ali Bongo, Mussolini, Franco... Il n'y a bien que Mao qui n'ait pas été décoré de la Légion d'Honneur.

Pourtant, son conseil vaut aussi pour votre jurisprudence : le recours en excès doit lui aussi marcher sur deux jambes.

Deux jambes que l'administration, qui en était **la prisonnière**, veut briser dans le but **affiché** de faire obstacle au présent recours.

...

En prenant un décret pendant l'instance en appel, et en espérant que la cour en tiendrait compte, le pouvoir exécutif a acté le retour du lit de justice.

Et c'est très grave.

Admettre un tel procédé de validation décrétole serait un précédent dangereux.

Or vous vous opposez aux validations *législatives* lorsqu'elles font obstacle à une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée.

Et c'est une situation similaire qui avait conduit, sous Vichy, à votre grand arrêt *Dame Lamotte* :

Toute décision administrative peut faire l'objet, même sans texte, d'un recours en excès de pouvoir.

La Convention européenne des droits de l'homme va dans le même sens, elle qui consacre le droit à un recours juridictionnel effectif.

On pourrait certes admettre qu'un texte vienne exclure le recours en excès de pouvoir pour certaines catégories d'actes.

Mais c'est là qu'intervient la seconde jambe :

Jurisprudence *Société du journal « L'Aurore »* : les règlements ne disposent **que** pour l'avenir.

Or l'application aux instances en cours de règles nouvelles imprévisibles privant les requérants d'un accès au prétoire a récemment été censurée par les juges de Strasbourg.

C'était au sujet de votre jurisprudence *Czabaj*...

Rétablissez donc l'ordre de la fable :

En ne laissant pas le lièvre administratif dépasser... d'un grand bond en avant la tortue judiciaire.

II. (L'étincelle)

Ce qui menace le combustible, c'est **l'étincelle**, en second lieu.

Passons d'une fable à une autre pour revenir à celle du Huron contée par Rivero.

Son constat était alors cinglant au sujet de l'impuissance du recours en excès de pouvoir.

Face à l'arrêt attaqué, déjà largement étrillé par la doctrine, il n'en dirait sans doute pas moins aujourd'hui.

Il y a bien l'injonction, oui, pour contraindre l'administration.

Mais c'est en son nom aujourd'hui que l'on voudrait occire le recours en excès de pouvoir.

Au nom d'une forme de fatalité.

« Mais la fatalité ne connaît point de trêve :

Le ver est dans le fruit, le réveil dans le rêve. »

Verlaine, « Nevermore ».

Avec *Américains accidentels* aussi, le ver était dans le fruit. Et il faut à présent se réveiller.

C'est le rêve américain, d'abord.

Appliquer cette jurisprudence au cas d'espèce risquerait de tourner au cauchemar.

C'est le cauchemar assuré, ensuite.

A. (Le rêve américain)

« Je suis allergique au homard », « le champagne me donne mal à la tête »... qui suis-je ? Juillet 2019 : l'affaire des homards secoue l'Assemblée nationale.

Ce qui n'empêchera pas le principal intéressé de recevoir lui aussi sa première médaille en 2023.

Juillet 2019, les publicistes s'en souviennent surtout pour votre jurisprudence *Américains accidentels*.

2019, vous avez dit ? Mais notre recours a été introduit devant le tribunal administratif en 2016...

Double rétroactivité fatale : celle du décret de 2018, ET celle de la jurisprudence de 2019.

Celle-ci n'est pas plus admissible que celle-là.

Dès lors qu'il est intervenu en cours d'instance et a eu pour effet de priver un requérant de son accès aux juges d'appel, l'arrêt *Américains accidentels* n'aurait pas dû être pris en compte par ceux-ci.

Comme l'ont rappelé les juges de Strasbourg dans l'arrêt *Legros*, les normes jurisprudentielles imprévisibles qui ferment le prétoire ne sauraient être rétroactives.

Vous ne céderez donc pas au **rêve américain**.

Outre son inapplicabilité temporelle, c'est bien sur le fond qu'il était impossible de procéder à une appréciation dynamique de la légalité.

Car le dynamisme ne doit pas se résumer au chaos que l'on vous propose en défense.

Or, le principe de la jurisprudence *Américains accidentels* ne s'applique qu'aux refus **d'abroger**.

Annuler un refus d'abroger, implique, oui, d'abroger, et le juge peut y enjoindre. Or l'abrogation, contrairement à l'annulation, n'est pas rétroactive.

D'où le sens de la jurisprudence de 2019 : le juge apprécie la légalité d'un refus **d'abroger** à la date à laquelle il statue, puisqu'il peut être conduit à enjoindre à abroger, ce qui n'est pas rétroactif.

Mais en l'espèce, point de refus d'abroger.

Juste un refus classique de retirer. Et le retrait, lui, est rétroactif.

L'annulation du refus est parfaitement possible. Et reviendrait à enjoindre au grand chancelier de proposer le retrait de la décoration querellée.

Simple application de la jurisprudence *Rodière*.

L'heure du réveil a sonné...

B. (Le cauchemar assuré)

« Il n'y a de long ouvrage que celui qu'on n'ose pas commencer. Il devient cauchemar ». C'est Baudelaire qui l'affirme.

Or vous ne laisserez pas votre œuvre jurisprudentielle se transformer en un **cauchemar assuré**.

D'abord car vous devez préserver le véritable effet utile du recours en excès de pouvoir : celui qui consiste à dire si l'administration a oui ou non enfreint le droit.

Et c'est peu dire que la doctrine s'est émue de l'arrêt attaqué.

Pour elle, la capacité pour le juge de dire si l'administration a porté atteinte à la légalité « reste nécessaire au fonctionnement pacifié de l'État et à la confiance qu'il doit inspirer ».

C'est ensuite un enjeu de cohérence jurisprudentielle qui doit vous guider.

Dans le roman de la jurisprudence dont parle Dworkin, vous n'écrirez pas de rebondissement.

Vous vous contenterez de suivre une succession de chapitres cohérents.

Le dernier étant celui écrit par votre avis contentieux *Plage du Boisvinet* de 2023 :

Le juge de l'excès de pouvoir doit apprécier le refus de l'administration de procéder à la constatation d'une contravention de grande voirie *à la date à laquelle cette décision est intervenue*.

En effet, la disparition d'une atteinte à l'intégrité du domaine ne prive pas d'objet l'action publique.

Pas plus que la mort du dictateur ne privait d'objet le recours.

Le décret de validation de 2018 n'y changeait rien, la condition permettant le retrait de la décoration s'étant réalisée antérieurement.

(Conclusion)

À sa mort, Franco est enterré dans un mausolée démesuré qu'il avait fait construire à sa gloire, en y omettant sciemment toutes les victimes républicaines de la guerre civile, jetées dans des fosses communes. Mais les Espagnols ont su l'en faire sortir, et effacer cette réécriture de l'histoire.

Comme chez Orwell, « Celui qui a le contrôle du passé a le contrôle du futur. Celui qui a le contrôle du présent a le contrôle du passé. »

En modifiant rétroactivement le passé, on peut en effet contrôler le futur.

Notre administration a tenté de faire de même, modifiant par décret le passé pour contrôler le futur juridictionnel.

Et elle a pu compter pour ce faire sur la complicité du juge d'appel, qui a lui-même appliqué rétroactivement une jurisprudence inopportune.

Monsieur le Président,

Madame, Messieurs les secrétaires,

Mesdames, Messieurs,

« rempart de l'opprimé, terreur de l'oppresseur », pour Rivero ;

« l'arme la plus efficace, [la plus économique et la plus pratique] qui existe au monde pour défendre les libertés » pour Jèze ;

« une soupape de sûreté qui doit toujours être ouverte » pour Aucoc.

Du Conseil d'État, c'est bien le recours en excès de pouvoir qu'on salue.

Rejoignez le chœur à deux voix de la jurisprudence et de la doctrine.

Prenez garde aux retours en arrière.

Éteignez l'incendie.

Vous casserez.