

N° 334506
M. Jacques N...

Section du contentieux

Séance du 10 mars 2010
Lecture du 8 mars 2010

CONCLUSIONS

M. Cyril ROGER-LACAN, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Roger-Lacan en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

La présente affaire vous conduira à préciser les règles applicables au maintien en activité, au-delà de la limite d'âge, de certains magistrats, ainsi que la façon dont ces règles s'accordent avec le principe constitutionnel d'inamovibilité des magistrats du siège.

M. Jacques N... est premier Président de la Cour d'Appel de T.... Il a été nommé dans ces fonctions par un décret du Président de la République du 3 mai 2007, qui le déchargeait simultanément des fonctions de premier Président de la cour d'appel de R....

Il est également conseiller à la Cour de cassation. En effet, l'article 4 de la loi organique du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature dispose que « (...) La fonction de premier Président de Cour d'Appel est exercée par un magistrat hors hiérarchie du siège de la Cour de Cassation (...). / S'il n'occupe pas déjà cet emploi lors de sa désignation en qualité de premier président (...), le magistrat est nommé concomitamment à un emploi hors hiérarchie du siège de la Cour de Cassation ». Le décret nommant pour la première fois M. N... premier président de Cour d'Appel, à Rouen, le 21 juin 2002, le nommait donc également conseiller à la Cour de Cassation.

M. N... a eu 65 ans le 10 février 2010. Il a donc atteint la limite d'âge fixée par l'article 76 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, qui dispose que « Sous réserve des reculs de limite d'âge pouvant résulter des textes applicables à l'ensemble des agents de l'Etat, la limite d'âge pour les magistrats de l'ordre judiciaire est fixée à soixante-cinq ans. / Toutefois, est fixée à soixante-huit ans la limite d'âge des magistrats occupant les fonctions de premier président et de procureur général de la Cour de Cassation ».

Il a cependant souhaité bénéficier de la possibilité ouverte par l'article 1^{er} de la loi organique 86-1303 du 23 décembre 2006, relative au maintien en activité des magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation, qui prévoit que lorsqu'ils atteignent cette limite d'âge, ces

1
Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

magistrats sont, sur leur demande, maintenus en activité, en surnombre, pour trois ans, « pour exercer respectivement les fonctions de conseiller et d'avocat général à la Cour de Cassation ».

Sa nomination comme conseiller à la Cour de Cassation étant, sous le régime des dispositions précitées de la loi organique du 25 juin 2001, indissociable de ses fonctions de premier Président de Cour d'Appel, M. N... en a déduit que la combinaison des textes lui ouvrait la possibilité d'être maintenu en activité dans ses fonctions de premier président de cour d'appel. A l'approche de l'échéance, il en a fait la demande au ministre par un courrier du 18 mai 2009. Dès cette première lettre, il développe au soutien de sa demande une argumentation juridique très dense, qui sera reprise et développée dans son recours devant vous, et expose les raisons, qui ne manquent pas de bon sens, pour lesquelles, arrivé au terme d'une longue carrière de juge du fond, il pense pouvoir être plus utile en poursuivant sa mission dans ses fonctions de premier président de la Cour d'Appel de T... qu'en rejoignant la Cour de Cassation.

Par une lettre du 7 juillet 2009, la directrice des services judiciaires lui répond. Après avoir rappelé les dernières étapes de la carrière de M. N..., et les dispositions applicables au maintien en activité des magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation, elle indique à l'intéressé : « Le maintien en activité après votre limite d'âge que vous avez sollicité ne saurait en conséquence vous permettre de continuer à être chargé de vos fonctions actuelles de premier Président. ». Et elle ajoute : « Dans cette situation, dans l'hypothèse où vous maintenez votre demande, vous serez maintenu en activité pour exercer les fonctions de conseiller à la Cour de cassation ».

Cinq mois plus tard, le 13 novembre 2009, elle lui adresse une seconde lettre, confirmant les termes de la première. Elle précise que cette confirmation a été précédée d'un nouvel examen de sa demande.

M. N... interprète ce nouveau courrier comme un refus opposé par le ministre à un recours gracieux et l'attaque devant vous, ainsi que la décision initiale sur laquelle le ministre a refusé de revenir, par une requête enregistrée le 10 décembre 2009.

Il assortit ce recours en annulation d'une demande de suspension en référé de la décision litigieuse, demande à laquelle le Président de la Section du Contentieux a fait droit par une ordonnance du 13 janvier 2010, en indiquant d'une part, que le moyen tiré de ce que la combinaison des dispositions issues des lois organiques du 23 décembre 2006 et du 25 juin 2001 « ne permet pas au Garde des Sceaux, ministre de la Justice de refuser d'accéder à la demande de maintien en activité pour trois ans au-delà de la limite d'âge, dans les fonctions de premier président de Cour d'Appel, d'un magistrat hors hiérarchie de la Cour de Cassation qui exerce ces fonctions depuis moins de sept années est de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de la décision dont la suspension est demandée » et, d'autre part, après avoir relevé que l'article 76-1 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 prévoit que « les magistrats sont maintenus en fonction, sauf demande contraire, jusqu'au 30 juin suivant la date à laquelle ils ont atteint la limite d'âge », que « la proximité de la date à laquelle M. N... atteint la limite d'âge fait apparaître, eu égard aux conséquences qui s'attachent à cette limite, une situation d'urgence ».

Le ministre avait, dès l'étape du référé, opposé une fin de non recevoir à la demande principale de M. N..., estimant que la lettre de la directrice des services judiciaires avait le caractère d'une information donnée à l'intéressé sur l'état du droit applicable, et ne pouvait s'analyser comme une décision susceptible de recours.

Le juge des référés l'a écartée en indiquant dans sa décision que la lettre du 7 juillet 2009, « qui se prononce sur la demande de maintien en activité au-delà de la limite d'âge présentée par M. N..., a le caractère d'une décision faisant grief ».

Deux arguments essentiels pouvaient faire naître une hésitation sur la recevabilité de la requête de M. N...

Le premier se recommande de votre jurisprudence, qui écarte comme irrecevables les recours dirigés contre les actes par lesquels l'administration se borne à communiquer son interprétation du droit applicable, qui ne constituent pas des décisions faisant grief à ceux auxquels cette information est destinée (21 novembre 1947, Raffineries du Midi, p.437 ; 14 février 1973, Syndicat national des auxiliaires et agents conducteurs de travaux publics de l'Etat, p. 130). Avec votre décision de Section du 10 juillet 1995, Syndicat des embouteilleurs de France (p. 301), cette jurisprudence a semblé acquérir une nuance de fermeté supplémentaire. Vous avez en effet jugé irrecevable un recours dirigé contre une lettre du Directeur général de la concurrence refusant à ce syndicat, dont certains adhérents souhaitaient apposer la mention « vin de table » sur des bouteilles dont le contenu mêlait des vins issus de différents pays de la Communauté européenne, la possibilité de le faire, en rappelant que le droit communautaire ne le permettait pas. Dans ses conclusions, votre Commissaire du Gouvernement, Jean-Marie Delarue, vous avait proposé la solution inverse, fondant notamment son raisonnement sur l'analyse de la demande du syndicat, qui visait à obtenir une dérogation à la législation communautaire, demande dans laquelle il discernait une voie médiane entre les demandes d'abrogation de règlements administratifs illégaux, ou tendant à ce que leur application soit écartée, et celles qui visent, de bonne foi, à obtenir de l'administration une mesure qu'elle a compétence liée pour refuser en vertu des textes, dont la contestation contentieuse est recevable, quoique vouée à l'échec. Il ajoutait que la demande du syndicat visait bien à obtenir une décision, et non un simple éclairage sur le droit applicable. Vous ne l'aviez pas suivi et aviez rejeté le recours comme irrecevable, faisant prévaloir, dans l'interprétation de la réponse de l'administration, l'interprétation du droit existant sur le refus opposé à la demande du syndicat des embouteilleurs de France.

L'hésitation qui naît de votre jurisprudence pourrait se trouver renforcée ici par le fait que le ministre, par délégation duquel la directrice des services judiciaires répond à l'intéressé, comme le relève également la décision de référé, n'est compétent, ni pour placer M. N... à la retraite puis le maintenir en activité au-delà de la limite d'âge, cette double décision devant faire l'objet d'un décret du Président de la République, ni pour le décharger le moment venu de ses fonctions de premier Président de Cour d'Appel, cette décision relevant également d'un décret du Président de la République.

Il peut sembler difficile d'analyser la lettre du ministre comme une décision de refus, si ce refus recouvre en réalité deux décisions qui ne sont, ni dans un cas ni dans l'autre, de sa compétence, et se présente comme une information donnée en amont des décisions qui seront prises le moment venu par l'autorité compétente.

Trois séries de considérations permettent pourtant d'éclairer la solution adoptée par le juge des référés, et nous conduisent à vous proposer de la confirmer.

En premier lieu, la portée de la réponse apportée à M. N... doit prendre en compte les termes exacts de sa demande. Deux points méritent d'y être relevés. D'une part, sa lettre se présente clairement, et d'entrée de jeu, comme une demande de maintien en activité, et non comme une demande d'information sur le régime juridique applicable au maintien en activité au-delà de la limite d'âge. D'autre part, la formulation de la demande est aussitôt suivie d'un second paragraphe dans lequel M. N... lève toute équivoque en indiquant : « ma demande concerne à la fois mon maintien en activité comme conseiller à la Cour de Cassation et mon maintien dans mes fonctions actuelles de premier Président », ajoutant qu'« elle devra être considérée comme caduque si ces deux conditions étaient dissociées »

En deuxième lieu, la rédaction de la lettre de la directrice des services judiciaires n'incline pas non plus à y voir une simple information donnée à l'intéressé. Elle indique nettement quel sort sera réservé à la demande précise de M. N... Et là où la grammaire aurait naturellement favorisé l'emploi du conditionnel, elle semble avoir délibérément employé l'indicatif, malmenant au passage la concordance des temps, en précisant : « dans l'hypothèse où vous maintenez votre demande, vous serez maintenu en activité pour exercer les fonctions de conseiller à la Cour de Cassation ». Certes, cette issue est, in fine, conditionnée au choix que fera M. N... lui-même concernant une réorientation possible de sa demande, mais elle présente le caractère d'un refus de principe opposé à une demande elle-même formulée, comme on vient de le voir, sur le mode du « tout ou rien ».

C'est finalement cette notion de refus de principe qui nous paraît devoir fonder la confirmation de la solution retenue par le juge des référés.

Prenant en compte de façon réaliste le rôle joué par le Garde des Sceaux dans la gestion de la procédure qui amène le Président de la République à accorder aux magistrats hors hiérarchie qui en font la demande leur maintien en activité, vous pourrez inscrire votre décision dans une ligne jurisprudentielle qui remonte à votre décision de Section du 5 juillet 1957, Secrétaire d'Etat c/Sieur Anglade (p. 452, concl. Tricot), qui juge que fait grief le refus d'un inspecteur divisionnaire de la santé de présenter le requérant à la nomination du préfet pour un emploi de médecin hospitalier. Il était notamment soutenu que l'inspecteur avait commis une erreur de droit en estimant que l'intéressé ne remplissait pas les conditions légales pour cette nomination. Ce raisonnement a trouvé un écho dans votre jurisprudence plus récente, s'agissant d'un avis non conforme du Conseil supérieur de la magistrature à la nomination d'un juge d'instruction, dont vous avez jugé qu'il faisait grief à l'intéressé (22 janvier 2003, P..., n° 225069, T. p. 848), ou, de façon sans doute plus topique, du refus du Garde des Sceaux de proposer une nomination en qualité de juge de proximité (6 novembre 2006, Mme P..., n° 291766, T. p.937). Cette dernière décision distingue clairement le contrôle de recevabilité et de régularité exercé par le garde des Sceaux de l'appréciation portée par le CSM sur les mérites des candidatures, et fait ressortir le pouvoir propre du ministre, qui doit éliminer les candidatures irrecevables en amont de leur examen par le CSM. Relevons qu'ici, ni le maintien en activité de M. N..., ni sa décharge de fonctions ne feraient, le cas échéant, l'objet d'un avis du CSM, seule la nomination, corrélative à la seconde décision, mais distincte de celle-ci, du successeur de M. N..., devant intervenir sur proposition

du conseil. Mais cette différence n'enlève rien au raisonnement qui voit une décision faisant grief dans le refus de principe opposé par le ministre à la demande de l'intéressé, qui, étant jugée incompatible avec le droit applicable, ne sera pas soumise sous cette forme au Président de la République.

La lettre envoyée par le ministre en réponse à M. N... peut donc bien s'analyser comme un tel refus. Le raisonnement en deux temps, déjà esquissé par la jurisprudence, qui isole le pouvoir propre d'examen de la recevabilité des candidatures par le ministre, renforce cette solution, et il est souhaitable que l'intéressé puisse attaquer ce refus en lui-même, malgré la prise que certaines décisions ultérieures offriraient également à une action contentieuse de sa part. Cette solution offre en outre des avantages pratiques –mieux vaut purger la question en amont de la décision qui sera prise pour ne pas risquer de désorganiser les juridictions concernées par les futures nominations- et logiques, car aucune de ces décisions postérieures ne présentera à juger la question de principe posée par ce refus de façon identique.

Si vous confirmez la solution retenue par votre juge des référés, et jugez recevable la requête de M. N..., vous en viendrez à la question de fond qu'elle soulève, et qui a justifié son renvoi devant votre formation de jugement.

Pour bien la comprendre, et avant d'exposer précisément les arguments de droit qui la soutiennent, il est nécessaire de rappeler la raison d'être et les grandes lignes des deux réformes qui ont donné naissance aux textes sur lesquelles la requête s'appuie principalement: d'une part, les lois organiques qui, en 1986 et en 1988, ont permis le maintien en activité au-delà de la limite d'âge de certains fonctionnaires et magistrats judiciaires, et d'autre part, celle qui, en 2001, a profondément modifié certains aspects de la carrière des magistrats, en limitant la durée d'exercice de certaines fonctions.

L'abaissement de 68 à 65 ans de la limite d'âge des fonctionnaires et des magistrats, respectivement par les lois organiques n° 84-834 et 84-933 du 13 septembre 1984, avait eu des conséquences particulièrement perceptibles à la Cour de cassation, ainsi qu'au Conseil d'Etat et à la Cour des Comptes. Sa mise en oeuvre complète aurait théoriquement entraîné le départ, de 1985 à 1989, de près des deux tiers des magistrats qui composaient la Cour de Cassation, contre un peu plus d'un tiers, sur la même période, à limite d'âge constante. Ce départ accéléré des membres les plus anciens avait inquiété certains parlementaires, qui craignaient de voir ces hautes juridictions privées d'un précieux capital d'expérience. Deux propositions de loi avaient donc été déposées, donnant respectivement naissance aux lois organiques n°s 86-1303 et 86-1304 du 23 décembre 1986, relatives, respectivement, au maintien en activité des magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation et à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'Etat, pour remédier aux difficultés créées dans ces institutions par l'abaissement trop rapide de l'âge de la retraite.

Plutôt que de rétablir l'ancienne limite d'âge pour ces juridictions, le législateur avait préféré laisser à leurs membres la faculté de demander leur maintien en activité pour trois ans. S'agissant des magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation, l'article 1^{er} de la loi 86-1303 précitée prévoit en conséquence que « Les magistrats hors hiérarchie du siège et du Parquet de la Cour de Cassation, lorsqu'ils atteignent la limite d'âge fixée par l'alinéa 1^{er} de l'article 76 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature et, à titre transitoire, par l'article 2 de la loi organique n° 84-833 du

13 septembre 1984 relative à la limite d'âge des magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation, sont, sur leur demande, maintenus en activité, en surnombre, jusqu'à ce qu'ils atteignent la limite d'âge qui était en vigueur avant l'intervention de la loi organique n° 84-833 du 13 septembre 1984 précitée pour exercer respectivement les fonctions de conseiller et d'avocat général à la Cour de Cassation ». Précisons pour mémoire que les dispositions transitoires de la loi du 13 septembre 1984 dont il est question sont celles qui prévoyaient, pour les magistrats concernés, une entrée en vigueur progressive de la nouvelle limite d'âge, et qu'elles sont sans incidence sur notre litige.

L'analogie de ces dispositions avec celles qui s'appliquent aux membres du Conseil d'Etat, de la Cour des Comptes et de l'inspection générale des finances est frappante, puisque l'article 1^{er} de la loi organique 86-1304, qu'il est utile de citer également afin d'examiner, comme nous le ferons dans un instant, le bien fondé des arguments de texte qu'en tire le requérant, dispose quant à lui que : « Les membres du Conseil d'Etat, les magistrats de la Cour des Comptes et les membres de l'inspection générale des finances, lorsqu'ils atteignent l'âge limite résultant de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, sont, sur leur demande, maintenus en activité, en surnombre, jusqu'à ce qu'ils atteignent la limite d'âge qui était en vigueur avant l'intervention de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 précitée pour exercer respectivement les fonctions de conseiller d'Etat, de conseiller maître à la Cour des Comptes ou, s'ils n'ont pas atteint ce dernier grade, celles de conseiller référendaire et d'inspecteur général des finances ».

Avant de présenter les autres textes en cause, et le détail de l'argumentation de M. N..., il nous paraît opportun de préciser, sans attendre, une question importante concernant les textes relatifs au maintien en activité, qui concerne la marge d'appréciation dont dispose l'administration quand elle est saisie d'une demande en application des textes qui viennent de vous être présentés. Le maintien en activité est-il de plein droit ? Et dans l'affirmative, est-il de plein droit dans les fonctions occupées par le fonctionnaire ou le magistrat quand il en fait la demande ?

La réponse à la première question ne fait aucun doute : le maintien en activité, lorsqu'il est demandé par ceux auxquels ces lois ouvrent la possibilité de le faire, est de plein droit. Ce point est à la fois bien éclairé par les travaux parlementaires (AN séance du 3 décembre 1986, p. 7071 réponse du Garde des Sceaux à M. Pierre Mazeaud) et tranché par le Conseil Constitutionnel, s'agissant des fonctionnaires soumis à la seconde de ces lois (décision 86-220 DC du 22 décembre 2006, considérant n° 10). Le juge constitutionnel a en effet relevé qu'à ses yeux : « l'autorité compétente ne dispose d'aucun moyen de contrainte à l'égard » des membres du Conseil d'Etat et de la Cour des Comptes « puisqu'elle est tenue de faire droit à leur demande de maintien en activité ». Et c'est au bénéfice de cette observation, notamment, qu'il estime que le texte ne porte pas atteinte à l'indépendance des juridictions en cause. Ce raisonnement se transpose sans difficulté aux dispositions relatives aux magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation.

La réponse à la seconde question est en revanche négative pour les magistrats ou les fonctionnaires qui exercent certaines fonctions, mais elle peut, dans certains cas, s'avérer plus délicate.

La réponse est à coup sûr négative pour les magistrats des cours d'appel et des TGI, pour lesquels la loi n° 88-23 du 7 janvier 1988 a également prévu une possibilité de maintien en activité. Lorsqu'ils atteignent la limite d'âge, ils sont, sur leur demande, maintenus en activité pour une période non renouvelable de trois ans, pour exercer, selon le cas, les fonctions de conseiller, de substitut général, de juge ou de substitut.

Mais eu égard au grand nombre de magistrats concernés, à l'impossibilité de prévoir pour eux une affectation automatique dans une juridiction particulière, et à la nécessité d'assurer malgré tout le respect du principe d'inamovibilité des magistrats du siège, qui ne permettrait pas leur affectation discrétionnaire, le système est inévitablement plus complexe que celui qui prévaut pour les magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation. Ainsi la loi prévoit-elle que :

« Six mois au plus tard avant d'atteindre la limite d'âge visée à l'alinéa précédent, les intéressés font connaître au garde des sceaux, ministre de la justice, l'affectation qu'ils désireraient recevoir, au siège ou au parquet, dans trois juridictions au moins du premier ou du second degré pour les magistrats des cours d'appel et du premier degré pour les magistrats des tribunaux. Trois mois au plus tard avant la survenance de la limite d'âge des intéressés, le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, peut les inviter à présenter, dans les mêmes conditions, trois demandes d'affectation supplémentaires. / Sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, ces magistrats sont maintenus en activité, en surnombre de l'effectif de la juridiction, dans l'une des fonctions qui ont fait l'objet de leurs demandes dans les formes prévues pour les nominations de magistrats du siège ou du parquet ». Aussi ces magistrats ne sont-ils nullement assurés de conserver leurs fonctions quand ils demandent à être maintenus en activité.

Ces dispositions applicables aux magistrats du siège ont inspiré, pour une part, la solution que vous avez retenue pour les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui demandent leur maintien en activité en application de l'article L. 233-7 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de l'article 8 de la loi 87-1127 du 31 décembre 1987, « pour exercer l'une des fonctions dévolues aux premiers conseillers pendant une durée de trois ans non renouvelable. Dans votre décision du 18 février 2005, L..., n° 267469, (p. 68), vous avez estimé que « les dispositions de l'article L. 231-3 du code de justice administrative qui interdisent qu'un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel puisse recevoir une affectation sans son consentement, ne lui donnent pas droit, en revanche, à recevoir l'affectation qu'il demande, si l'intérêt du service ne le permet pas ». Et vous aviez jugé que dans le cas d'une demande de maintien en activité, un magistrat pouvait se voir refuser la possibilité de rester dans le même tribunal administratif. Il s'agissait toutefois, en l'espèce, d'un Président de tribunal administratif, auquel les dispositions applicables au maintien en activité ne permettaient pas de conserver les mêmes fonctions, puisque, comme nous l'avons vu, l'article L. 233-7 ne permet le maintien en activité que pour exercer les fonctions « dévolues aux premiers conseillers », au nombre desquelles ne figure pas la présidence d'un tribunal administratif, qui exige la détention d'un grade supérieur. Le lien fonctionnel avec le poste occupé par le requérant se trouvait donc nécessairement rompu, seul restant en cause le maintien au sein du même tribunal. Mais la motivation de la décision, et les conclusions de rapporteur public, Rémi Keller, font bien apparaître que vous estimez de façon plus large que le maintien en activité ouvre une phase nouvelle, et n'assure pas le maintien dans l'affectation antérieure.

7

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les autres cas pour lesquels la solution est certaine concernent, précisément, certains présidents de juridiction. C'est notamment le cas des présidents du TGI et de tribunal administratif, comme nous venons de le voir; c'est également le cas des présidents de chambre à la Cour de Cassation et des présidents de Section du Conseil d'Etat, les textes prévoyant le maintien en activité pour exercer les fonctions de Conseiller d'Etat, ou de Conseiller à la Cour de Cassation, et faisant obstacle à ce qu'ils soient maintenus dans les fonctions qu'ils occupent. Quand les textes ne font pas obstacle au maintien dans les mêmes fonctions ce qui est le cas, nous le verrons, des conseillers en poste à la Cour de Cassation, ou des présidents de cour administrative d'appel, pour des raisons différentes, l'usage conduit souvent à les y maintenir.

A ce stade, on retiendra que le maintien en activité est de plein droit pour tous les magistrats qui en font la demande, mais conduit certains d'entre eux à changer de fonctions par l'effet direct des textes applicables, qui l'imposent, et encadrent ce changement par des garanties particulières, s'agissant notamment des magistrats du siège, tandis que le maintien dans les mêmes fonctions est un usage fréquent quand les textes ne s'y opposent pas. S'agissant des premiers présidents de cour d'appel, vous devrez donc d'abord trancher la question centrale du litige, celle de la possibilité juridique de ce maintien dans les mêmes fonctions, avant de vous demander si, dans l'affirmative, ce maintien dans les mêmes fonctions serait, pour eux, une possibilité ou un droit.

Si M. N... conteste que les règles posées par la loi organique du 23 décembre 1986 soient de nature à le priver de la possibilité de demander à être maintenu dans ses fonctions de premier président de la cour d'appel de T..., c'est également au regard de l'incidence sur ces règles d'une seconde réforme, intervenue quinze ans plus tard. La volonté d'assurer un renouvellement un peu plus rapide des chefs de juridictions, et plus généralement de favoriser la mobilité des magistrats judiciaires a en effet inspiré la loi organique du 25 juin 2001, relative au statut des magistrats et au conseil supérieur de la magistrature. Réforme assez radicale puisqu'elle limite à sept ans l'exercice des fonctions de premier Président de Cour d'Appel (article 4 de la loi, devenu l'article 37 du statut), ainsi que celui des fonctions de Président ou de Procureur de la République d'un même Tribunal de Grande Instance ou de première instance ou d'un même tribunal supérieur d'appel » (article 3, devenu l'article 28-1 du statut) et à dix ans l'exercice de la fonction de juge d'instruction, de juge des affaires familiales, de juge des enfants, de juge de l'application des peines ou de juge chargé du service d'un tribunal d'instance dans un même tribunal de grande instance ou de première instance (article 5, devenu l'article 28-3 du statut).

Tout l'effort du législateur a porté, en 2001, sur la possibilité de combiner la limitation dans le temps de la durée d'exercice de certaines fonctions par les magistrats avec les garanties constitutionnelles qui encadrent leur statut, et, au premier chef, avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège. Rappelons que ce principe, posé par l'article 64 de la Constitution qui dispose que « Les magistrats du siège sont inamovibles », est précisé par l'article 4 de leur statut qui, après avoir repris cette formulation, indique qu'« En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ». Le risque que la réforme de 2001 n'entre en contradiction avec ce principe en prévoyant qu'il puisse être mis fin, indépendamment de leur volonté, aux fonctions de la plupart des chefs de juridictions et de beaucoup d'autres magistrats, avait été

fortement souligné lors du débat parlementaire. Ainsi le sénateur Badinter s'interrogeait-il en ces termes sur le dispositif proposé : « Il s'agit d'une sorte de contrat. Le magistrat est nommé pour sept ans, pas un jour de plus. Dès lors, le président du tribunal *dies interpellat pro homine*, comme aurait dit l'un de nos vieux maîtres, demande au magistrat qui ne veut pas quitter ses fonctions de partir, car le terme est échu. Il ne s'agit plus de savoir s'il le veut ou non. (...) Je ne suis pas sûr (...) qu'on ne franchisse pas la ligne, en matière d'inamovibilité des magistrats du siège ».

Cette « ligne » avait été tracée une première fois par le Conseil Constitutionnel qui, dans sa décision 67-31 DC du 26 janvier 1967, avait censuré (§3) la faculté offerte par la loi au gouvernement d'affecter d'office les conseillers référendaires au terme d'une période de dix ans passés à la Cour de Cassation, au motif qu'elle méconnaissait le principe d'inamovibilité des magistrats du siège. Toute fragilisation de la situation des magistrats concernés par la réforme de 2001 à l'expiration des délais fixés par celle-ci pour l'exercice de certaines fonctions, toute faille dans le dispositif qui pût être interprétée comme laissant le sort des magistrats concernés à la discrétion du gouvernement, aurait potentiellement encouru la même censure, et le législateur a donc multiplié les précautions pour l'éviter.

En premier lieu, le magistrat nommé premier Président d'une Cour d'Appel est nommé « concomitamment à un emploi hors hiérarchie du siège de la Cour de Cassation (...). Cette nomination est prononcée, le cas échéant, en surnombre de l'effectif organique de la Cour de Cassation. Ce surnombre est résorbé à la première vacance utile dans cette juridiction ». Cette nomination concomitante, dès l'origine, assure, le moment venu, la possibilité pour ce magistrat d'être immédiatement et automatiquement nommé à la Cour de cassation, sans solution de continuité dans son affectation ni influence possible sur celle-ci de l'autorité investie du pouvoir de nomination.

En second lieu, le texte ouvre aux intéressés une possibilité supplémentaire en prévoyant dans son cinquième alinéa que « Six mois au moins avant l'expiration de cette période, le premier président peut solliciter sa nomination en qualité d'inspecteur général adjoint des services judiciaires. Cette nomination est alors de droit au terme des sept années d'exercice de ses fonctions. ». Une alternative, au choix de l'intéressé, vient donc s'ajouter à la sécurité de principe assurée par cette nomination concomitante *ab initio*.

Enfin, le dernier alinéa précise les conditions dans lesquelles il peut être mis fin aux fonctions d'un premier Président, en indiquant qu'« à l'expiration de cette période (de sept ans), s'il n'a pas reçu une autre affectation, le premier Président est déchargé de cette fonction par décret du Président de la République et exerce au sein de la Cour de Cassation les fonctions auxquelles il a été initialement nommé. Il en est de même dans le cas où, avant ce terme, il est déchargé de cette fonction sur sa demande ou en application de l'article 45 ». L'article 45 fixant l'échelle des sanctions applicables aux magistrats, la sanction donc est la seule hypothèse, hormis les cas où l'intéressé lui-même demande à être déchargé de ses fonctions, pour laquelle cet article prévoit qu'un premier président puisse être déchargé de ses fonctions avant l'expiration du délai de sept ans.

La portée de ces garanties, leur incidence sur la situation des premiers présidents de Cour d'Appel et sur la situation dans laquelle ils se trouvent quand, avant l'échéance du délai de sept ans, ils demandent à être maintenus en activité, inspirent à M. N... la conviction que le

ministre doit faire droit à sa demande, conviction que soutient une argumentation que nous résumerons en quatre temps.

Son point de départ est, nous semble-t-il, à rechercher non pas dans les dispositions relatives au maintien en activité des magistrats mais, paradoxalement, dans celles qui, depuis 2001, limitent la durée de certaines de leurs fonctions. M. N... vous invite à en tirer avec lui une conséquence radicale qui pourrait se résumer ainsi : dès lors que la loi organique impose la limitation à sept ans des fonctions des premiers présidents de Cour d'Appel, elle a dû assortir ce délai de garanties si fortes que ses seules causes d'interruption légitimes sont celles qu'envisage explicitement l'article 37 précité du statut, dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi du 25 juin 2001. Et le cas dans lequel un magistrat atteint la limite d'âge, mais demande à être maintenu en activité ne figure ni dans cet article, ni dans aucune autre disposition de la loi. S'il peut sembler paradoxal que des dispositions destinées à limiter la durée d'exercice de certaines fonctions soient invoquées pour en demander la prolongation, ce raisonnement suit et prolonge la logique du législateur qui, en renforçant par des amendements successifs les garanties qui entourent cette durée de sept ans, a effectivement limité tout ce qui pouvait l'abrégier ou l'interrompre.

Or, et c'est le deuxième point, ce qu'imposent, selon le requérant, ces dispositions, celles qui sont relatives au maintien en activité au-delà de la limite d'âge n'y font pas obstacle. En prévoyant que les magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation « sont, sur leur demande, maintenus en activité (...) pour exercer (...) les fonctions de conseiller (...) à la Cour de Cassation », l'article premier de la loi du 23 décembre 1986 n'a pas, selon lui, fait obstacle à ce que les premiers Présidents de Cour d'Appel soient maintenus en fonction, dès lors que, depuis la réforme issue de la loi du 25 juin de 2001, ils ont été « concomitamment nommés » à un emploi hors hiérarchie de cette cour. La rédaction des décrets de nomination des premiers présidents de cour d'appel par le président de la République s'accorderait avec la thèse de M. N... puisque l'intéressé y est « nommé conseiller à la Cour de Cassation pour exercer les fonctions de premier président de la cour d'appel de XX... ». Selon M. N..., la première nomination n'est que le soutien nécessaire de l'autre, et elles n'ont pas vocation à être dissociées.

Au soutien de cette seconde idée maîtresse, M. N... avance enfin deux autres arguments tirés de la réforme « jumelle » du maintien en activité qui concernait, notamment, les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des Comptes, dont nous avons rappelé la communauté d'inspiration avec celle qui s'applique aux magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation. Il en tire un argument *a fortiori*, et un argument *a contrario*, en faveur de son interprétation des règles qui lui sont applicables.

L'argument *a fortiori* procède de la possibilité ouverte aux présidents de cours administratives d'appel d'être maintenus en activité dans cette fonction au-delà de la limite d'âge. L'article L. 222-3 du CJA, dans sa rédaction issue de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1987, légèrement postérieure, notons-le, aux dispositions des lois organiques sur le maintien en activité de 1986, dispose que chaque CAA est « présidée par un Conseiller d'Etat en service ordinaire ». Lorsque ces fonctions sont confiées à un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'intéressé est, en application de l'article R. 133-9 du même code, concomitamment nommé au grade de Conseiller d'Etat. Un

parallèle s'établit donc naturellement avec la nomination simultanée des premiers présidents de cour d'appel à un emploi hors hiérarchie de la Cour de Cassation.

Mais en application des dispositions précitées de l'article 1^{er} de la loi du 23 décembre 1986, qui prévoient que les membres du Conseil d'Etat, quand ils atteignent la limite d'âge statutaire, (...) sont, sur leur demande, maintenus en activité, en surnombre, pour exercer (...) les fonctions de conseillers d'Etat », les présidents de cour administrative d'appel ont jusqu'à présent été maintenus en activité dans les mêmes fonctions quand ils en ont fait la demande. Nous avons vu qu'il n'en va pas de même pour les présidents de tribunal administratif car l'article L. 233-7 du code de justice administrative ne le permet pas. De sorte que la cohérence des dispositions applicables à la juridiction administrative n'est pas manifeste, seuls les présidents de TA et les présidents de Section au Conseil d'Etat devant abandonner leurs fonctions pour être maintenus en activité.

L'analogie des textes applicables aux premiers présidents de cour d'appel et aux présidents de cours administrative d'appel étant manifeste, M. N... voit dans le traitement réservé aux présidents de CAA maintenus en activité pour exercer les mêmes fonctions un argument a fortiori en faveur de sa demande. Il y est d'autant plus attaché que le principe d'inamovibilité des magistrats du siège renforce, à ses yeux, ses arguments de texte, et que comme on le sait, il n'a pas été étendu aux membres du Conseil d'Etat, contrairement à ceux du corps des TA et des CAA, dans la version parfois qualifiée d'atténuée qu'en donne l'article L. 231-3 du code de justice administrative, du fait principalement de la double vocation, consultative et juridictionnelle, de l'institution à laquelle ils appartiennent, et malgré des projets visant à adapter par un texte ce principe à leur situation qui, pour les plus anciens, remontent aux XIX^{ème} siècle.

Du traitement réservé aux présidents de cour administrative d'appel, la requête tire un argument qui est essentiellement interprétatif; il ne fonde pas, notamment, un moyen autonome fondé sur la méconnaissance du principe d'égalité, dont le requérant sait sans doute qu'il eût été voué à l'échec puisque le Conseil constitutionnel a toujours écarté ce type de moyen quand sont en cause, d'une part, la situation de magistrats protégés par l'article 64 de la Constitution et dont la situation est régie par le statut pris pour son application, d'autre part, celle de magistrats qui ne le sont pas (voir par exemple sa décision 2006-545 DC du 28 décembre 2006 s'agissant des juridictions prudhommales).

Enfin, le requérant considère que la solution retenue pour les présidents de chambres régionales des comptes conforte également, *a contrario*, sa position. En effet, en application de la loi du 10 juillet 1982, les présidents de CRC reçoivent, concomitamment à leur nomination dans ces fonctions, et sous réserve d'avoir plus de quarante ans et de justifier de 15 ans de services publics, la qualité de magistrat à la Cour des Comptes au grade de conseiller maître, ou de conseiller référendaire de 1^{ère} classe. Comme nous l'avons vu, l'article 1^{er} de la loi du 23 décembre 1986 est également applicable aux membres de la Cour des Comptes qui sont, sur leur demande, maintenus en activité en surnombre « pour exercer les fonctions (...) de conseiller maître à la Cour des Comptes ou, s'ils n'ont pas atteint ce grade, celles de conseiller référendaire ».

Et une disposition d'inspiration assez analogue à celle qui s'applique aux premiers présidents de cours d'appel prévoit, depuis la loi organique 2001-1246 du 21 décembre 2001,

que nul ne peut présider la même chambre régionale des comptes pendant plus de sept ans. Mais cette disposition se combine avec un nouvel article L. 221-2 du code des juridictions financières, issu de l'article 19 de la loi 2001-1248 du 21 décembre 2001. Après avoir précisé que « cette durée ne peut être ni prorogée ni renouvelée au sein d'une même chambre », et qu'« Elle ne peut être réduite que si le magistrat intéressé demande, après avis du Conseil supérieur des chambres régionales des comptes, à être déchargé de ses fonctions », cet article indique que « Pour l'exercice de cet emploi, les dispositions de l'article 1er de la loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'Etat ne sont pas applicables ».

En prenant soin d'écartier cette possibilité, nous dit le requérant, le législateur fait l'hypothèse, *a contrario*, que la règle posée par cet article se serait, en l'absence d'autres précisions, appliquée d'elle-même aux magistrats occupant un emploi de Président de chambre régionale des comptes, imposant le cas échéant leur maintien dans ces fonctions, dans l'hypothèse où ils seraient maintenus en activité au cours de la période de sept ans pendant laquelle ils sont amenés à les présider.

Telle est, dans ses grandes lignes, l'argumentation qui soutient la requête. Nous avons présenté de façon intégrée les arguments de M. N..., qui nous paraissent se rejoindre dans un unique moyen de légalité interne. L'invocation du principe d'inamovibilité des magistrats du siège cimente en quelque sorte le raisonnement et en renforce la cohérence, par l'influence qu'il exerce sur l'interprétation des textes applicables. On peut toutefois hésiter, à la lecture de la requête, sur le point de savoir si la méconnaissance de ce principe est ensuite reprise dans un moyen autonome. Si telle est votre interprétation, vous pourrez sans difficulté lui apporter une réponse particulière dans votre décision, sur le fondement des analyses qui vont maintenant être développées.

Après nous être efforcés de faire ressortir les mérites des arguments de la requête, nous allons vous proposer de l'écartier en éclairant, au prix d'un examen assez minutieux des textes, certains points que les feux brillants de son argumentation ont laissés dans l'ombre. Cet examen nourrira un raisonnement en deux temps.

En premier lieu, l'analyse précise des dispositions de la loi organique du 23 décembre 1986 ne permet pas, nous semble-t-il, d'estimer qu'elle ait entendu permettre aux premiers Présidents de Cour d'Appel d'être maintenus en activité dans la fonction qu'ils occupent.

En second lieu, si l'appréciation de l'incidence de la réforme de 2001 sur le régime du maintien en activité au-delà de la limite d'âge de certains magistrats est délicate, nous ne pensons pas qu'elle le soit au point que l'on doive conclure avec M. N... qu'en la votant, le législateur ait inversé le sens de la solution adoptée en 1986 s'agissant du maintien en activité de ces mêmes magistrats.

Pour construire notre réflexion sur le premier point, nous ne craignons pas de partir de la comparaison que M. N... établit entre le principe que l'administration entend lui appliquer et le sort réservé aux membres du Conseil d'Etat et de la Cour de Comptes. Les textes, nous l'avons vu, sont distincts, mais nous pensons, comme lui, que leur rapprochement est éclairant.

Les textes applicables au Conseil d'Etat et à la Cour des Comptes, prévoyant le maintien en activité des membres de ce corps « pour exercer respectivement les fonctions de conseiller d'Etat, de conseiller maître à la Cour des Comptes ou, s'ils n'ont pas atteint ce dernier grade, celles de conseiller référendaire » renvoient en réalité à l'exercice des emplois auxquels ouvre droit la détention des grades qu'il cite. On peut d'ailleurs regretter qu'ils n'aient pas été plus précisément rédigés sur ce point. Mais comme le remarquait déjà le président Gazier dans le commentaire, d'une très belle clarté, qu'il consacrait au statut général de 19 octobre 1946 dans le recueil Dalloz de 1947 (21^{ème} cahier, législation, pages 177 et suiv.), la clarification apportée par l'introduction de la distinction du grade et de l'emploi dans l'organisation de la fonction publique reste souvent entravée, dans le détail des dispositions statutaires, par l'emploi indifférencié des autres notions, souvent ambiguës ou polysémiques, utilisées pour gérer la carrière des fonctionnaires. L'examen que nous ferons dans un instant du statut des magistrats judiciaires en fournira d'ailleurs d'autres exemples.

Ici, le texte parle de fonctions mais cite des grades, explicitement mentionnés dans les statuts des corps concernés. Il ne peut se lire, conformément à l'article 12 de la loi 83-634 du 13 juillet 83 qui, après avoir rappelé que « Le grade est distinct de l'emploi » le définit comme « le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent (...) », que comme permettant aux fonctionnaires ainsi maintenus en activité d'occuper l'un des emplois correspondant au grade de conseiller d'Etat, ou de conseiller maître à la cour des Comptes. On relèvera d'ailleurs que l'article L. 233-7 du code de justice administrative, déjà cité, bénéficie d'une rédaction légèrement plus précise, puisqu'il prévoit que ses membres sont maintenus en activité pour exercer « l'une des fonctions dévolues aux premiers conseillers ».

Dès lors que les emplois de président de cour administrative d'appel sont occupés par des conseillers d'Etat en service ordinaire, la pratique suivie depuis l'origine, et relevée par M. N..., consistant à laisser dans les mêmes fonctions ceux de ces présidents qui demandent à être maintenus en activité, fait donc une application juste des textes. Elle est, de surcroît, conforme à l'usage suivant lequel, sans que les membres du Conseil d'Etat bénéficient, pour les raisons que nous avons rappelées, d'une garantie d'inamovibilité analogue à celle que l'article L. 231-3 garantit aux membres du corps des TA et des CAA, une protection comparable leur est *de facto* assurée. Relevons toutefois, et ce point contribuerait également à atténuer la portée des rapprochements opérés par le requérant, qu'au regard de la décision L... (18 février 2005, n° 267469) que nous avons analysée, cette pratique, si elle a toujours été suivie jusqu'à présent, procède en réalité d'un examen au cas par cas de l'intérêt du service dont la prise en compte pourrait, le cas échéant, conduire à imposer une autre affectation aux intéressés.

Les dispositions applicables aux membres de la Cour des Comptes suivent d'ailleurs une logique identique. C'est parce que les dispositions relatives au maintien en activité se fondent sur un grade pour définir les fonctions susceptibles d'être occupées une fois ce maintien acquis, qu'il était envisageable que les présidents de chambre régionale des comptes qui en faisaient la demande fussent maintenus en activité. Une disposition particulière a donc été nécessaire pour écarter cette solution. Mais c'est parce que ce maintien dans les mêmes fonctions n'était pas de plein droit à la seule lecture des lois organiques, qu'une loi ordinaire a pu imposer la solution inverse.

Qu'en est-il, en regard, des textes applicables aux magistrats judiciaires ? D'emblée, on observe que le texte emploie deux notions différentes en prévoyant que les « magistrats hors hiérarchie du siège (...) de la Cour de cassation » sont maintenus en activité « pour exercer (...) les fonctions de conseiller à la Cour de Cassation. » La portée de ces deux notions de magistrat hors hiérarchie de la Cour de cassation et de conseiller à cette même cour doit donc d'abord être précisée.

Les magistrats judiciaires forment un seul corps, qui ne comporte que deux grades, le premier et le second grade, comme le précise l'article 2 de leur statut. S'y ajoute, au sommet de ce corps, la catégorie des magistrats hors « hors hiérarchie » mais il ne s'agit pas d'un grade à proprement parler, ni bien sûr d'un corps distinct. Elle regroupe un certain nombre d'emplois, énumérés par l'article 3 du statut, qui dispose que : « Sont placés hors hiérarchie : 1° Les magistrats de la Cour de Cassation, à l'exception des conseillers référendaires et des avocats généraux référendaires ; 2° Les premiers Présidents des Cours d'Appel et les procureurs généraux près lesdites cours ; 3° Les présidents de chambre des Cours d'Appel et les avocats généraux près lesdites cours ». Il ajoute qu'« Un décret en Conseil d'Etat fixe, en fonction de l'importance de l'activité juridictionnelle, des effectifs de magistrats et de fonctionnaires des services judiciaires et de la population du ressort, la liste des emplois de président et de premier Vice-Président de Tribunal de Grande Instance, ainsi que des emplois de procureur de la République et de procureur de la République adjoint, qui sont placés hors hiérarchie ».

Si la catégorie « hors hiérarchie » est parfois assimilée à un grade, bien que le texte ne permette pas cette interprétation, on voit qu'elle s'en distingue nettement par l'absence de séparation claire du grade et de l'emploi. Vous aviez ainsi relevé dans votre décision de Section M... du 19 avril 1991, n° 102016 (p. 150), relative à la contestation par le procureur général près la Cour d'Appel de Paris de la décision du Président de la République lui retirant ces fonctions pour le nommer procureur général de la Cour de Cassation, qu'« aucune disposition statutaire ne répartit en grades les emplois hors-hiérarchie énumérés par l'article 3 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, ni n'en soumet l'accès à des conditions permettant de les regarder comme répartis en de tels grades ». C'est la nomination dans certains emplois qui fait accéder le magistrat à « la hors hiérarchie », comme le dit l'usage courant, et non l'appartenance préexistante à celle-ci qui ouvre droit à occuper certains emplois.

Ce système s'apparente, à certains égards, à celui des cadres d'emploi, catégorie elle-même fluctuante dont le président Gazier, dans l'article précité, relevait qu'elle pouvait avoir jusqu'à quatre sens différents, mais qui désigne souvent un ensemble d'emplois correspondant à un même régime statutaire. S'agissant de cette catégorie hors hiérarchie, le terme vague d'ensemble d'emplois serait sans doute le moins inapproprié.

Pour apprécier la portée de cette première différence, importante, avec le système qui prévaut pour les membres du Conseil d'Etat, il faut éclairer également le sens du renvoi par le texte aux « fonctions de conseiller à la Cour de Cassation » pour le maintien en activité des magistrats hors hiérarchie.

Qu'est qu'un conseiller à la Cour de Cassation ? La réponse n'est pas aussi simple qu'on l'imaginerait. En témoigne la réponse que lui apporte l'administration, qui nous indique qu'elle « désigne de manière équivalente un emploi ou un poste ». Le texte qui nous occupe

aujourd'hui parlant quant à lui de fonctions, nous sommes d'entrée de jeu renvoyés à trois notions différentes. A l'appui de son point de vue, le ministre nous renvoie simplement à l'article 39 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, qui prévoit que : « Les emplois vacants de conseiller ou d'avocat général à la cour de cassation sont pourvus, à raison d'un sur quatre, par la nomination d'un magistrat du premier grade ayant exercé les fonctions de conseiller référendaire ou d'avocat général référendaire pendant au moins huit ans./ Les postes qui ne pourraient être pourvus, faute de candidats, par ces magistrats peuvent être pourvus par les magistrats mentionnés au troisième alinéa du présent article ».

Cette rédaction n'éclaire pas suffisamment notre question. Pour essayer d'y voir plus clair, il faut se livrer à une analyse spécifique de l'organisation de la Cour de Cassation, précisée par le chapitre unique du titre II du Livre IV du code de l'organisation judiciaire, entièrement issu du décret 2008-522 du 2 juin 2008.

L'article R. 421-1 dispose que : « La Cour de Cassation se compose : 1° Du premier Président ; 2° Des présidents de chambre ; 3° Des conseillers ; 4° Des conseillers référendaires ; 5° Des auditeurs » auxquels s'ajoutent les magistrats du Parquet (6° à 9°) et les fonctionnaires du greffe (10° et 11°) ». L'article R. 421-4 précise la composition des chambres, dans lesquelles figurent notamment les conseillers, lesquels peuvent notamment présider des Sections au sein de ces chambres. Aux termes de l'article R. 421-8, il est tenu à la Cour de Cassation une liste de rang des magistrats du siège. Les magistrats sont inscrits sur cette liste, conformément à l'article R. 121-4, dans l'ordre suivant : 1° Le premier Président ; 2° Les Présidents de chambre ; 3° Les Présidents de Section ; 4° Le doyen de la Cour ; 5° Les doyens de chambre ; 6° Les doyens de Section ; 7° Les conseillers ; 8° Les conseillers référendaires (...) ». Relevons que tous les doyens mentionnés dans cette liste de rang sont des conseillers, en vertu de l'article R. 421-6. L'article R. 421-8 apporte par ailleurs des précisions sur cette

nomenclature protocolaire, et indique notamment que : « les magistrats qui, après avoir exercé les fonctions de conseiller à la Cour de Cassation ou d'avocat général près cette Cour et avoir été appelés ensuite à d'autres fonctions, sont nommés de nouveau à la Cour de Cassation, en qualité de conseillers, prennent rang du jour de leur première nomination à la Cour ».

De l'analyse de ces textes, on peut tirer plusieurs arguments qui concourent à écarter la lecture que fait M. N... des dispositions de la loi du 23 décembre 2006 relative au maintien en activité des magistrats hors hiérarchie de la Cour de Cassation.

En premier lieu, La Cour de Cassation est composée de positions *sui generis* au nombre desquelles figurent les conseillers, positions organisées selon une hiérarchie qui lui est propre, et auxquelles correspondent des emplois au sein de la Cour. Les magistrats qui la composent ont la qualité de magistrats hors-hiérarchie dans le corps des magistrats judiciaires, quand ils occupent dans cette hiérarchie une position de conseiller, ou une position supérieure. En prévoyant que les premiers présidents de cour d'appel, comme les autres magistrats hors hiérarchie, pouvaient être maintenus en activité « pour exercer les fonctions de conseiller à la Cour de cassation », le texte renvoie à cet ensemble d'emplois, et c'est cette définition qui circonscrit la dérogation à la limite d'âge qu'il institue.

En deuxième lieu, si les premiers Présidents de Cour d'Appel sont des magistrats hors hiérarchie, l'article 3 du statut les distingue clairement des magistrats qui composent la Cour de cassation, et l'article R. 421-1 du code de l'organisation judiciaire ne les intègre pas à la liste des magistrats qui composent la Cour, pas plus que l'article R. 421-8 à la hiérarchie qui l'ordonne. Relevons simplement qu'en vertu des précisions données par le dernier alinéa précité de cet article, les premiers présidents de cour d'appel, lorsqu'ils réintégreront la Cour de Cassation –ce qui n'est encore jamais arrivé pour ceux qui ont été nommés sur le fondement des dispositions de la réforme du 25 juin 2001- seront intégrés dans la hiérarchie en fonction de la date de leur nomination originelle comme conseiller. Mais ce n'est pas là un rattachement effectif pendant la période au cours de laquelle ils exercent les fonctions de premiers présidents de cour d'appel.

Enfin, le texte prévoit que les magistrats maintenus en activité peuvent l'être « en surnombre ». Il résulte des travaux parlementaires que cette précision, ajoutée au texte de la proposition de loi originelle par un amendement, répond au souci d'assurer qu'aucune considération, budgétaire notamment, ne fera obstacle au retour ou au maintien des magistrats concernés à la Cour de Cassation, et marque ce faisant que c'est bien *au sein même* de la Cour de Cassation, et pas pour exercer une fonction extérieure à celle-ci, qu'ils seront maintenus en activité. Cette précision répondait également, à l'époque, au vœu de résoudre, à l'intérieur même de la Cour, les problèmes d'engorgement du stock d'affaires qu'avait engendré l'abaissement de la limite d'âge et ce point confirme, si besoin était, cette interprétation.

En somme, l'examen attentif de l'organisation particulière de la Cour de Cassation ne laisse guère de doute sur la portée des dispositions de la loi du 23 décembre 1986, et éclaire ce qui distingue la situation des premiers présidents de Cour d'Appel de celle des Présidents de cour administrative d'appel et de chambres régionales des comptes, que masquait l'analogie des textes. Il nous semble donc clair qu'à l'origine au moins, cette loi ne permettait pas le maintien en activité dans les mêmes fonctions des premiers présidents de cour d'appel.

La loi organique du 25 juin 2001 a-t-elle introduit dans cet agencement des bouleversements dont la portée imposerait de modifier la solution conçue par le législateur de 1986?

Sans apporter d'argument décisif à l'une ou l'autre partie, la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2001 (2001-445 DC) qui a jugé que cette réforme n'était pas contraire au principe d'inamovibilité des magistrats du siège, cerne bien l'étendue mais aussi les limites de ce principe au regard de la question posée par notre litige, en précisant le raisonnement suivi lors de la décision du 26 janvier 1967 précitée.

Le Conseil Constitutionnel a admis la conformité à la Constitution, et la compatibilité avec le principe d'inamovibilité des magistrats du siège, de la limitation dans le temps des fonctions de certains chefs de juridiction, eu égard au fait, d'une part, qu'elle ne s'appliquerait qu'aux nominations intervenant à compter du 1^{er} janvier 2002, et d'autre part, que « ces dispositions de portée générale s'appliqueront à tous les titulaires des fonctions en cause ; qu'en les acceptant, ces magistrats, pleinement informés de la limitation dans le temps de ces fonctions, auront consenti aux modalités d'affectation prévues par la loi organique à l'expiration de celle-ci ».

Deux lignes de raisonnement ressortent de cette motivation.

La première est traditionnelle. Remontant à la raison d'être du principe d'inamovibilité, elle relève le caractère uniforme de l'application de la règle dont la compatibilité à la Constitution est examinée, et le fait qu'elle ne saurait en aucun cas être utilisée, ni directement ni en combinaison avec d'autres textes, pour mettre fin aux fonctions de certains magistrats en fonction d'appréciations individuelles portées sur leur manière de servir par l'autorité investie du pouvoir de nomination. Elle n'est pas véritablement en cause dans notre litige: M. N... ne prétend pas que l'interprétation que l'administration donne des dispositions applicables à sa situation soit mise au service d'une discrimination individuelle, ou d'un traitement particulier de son cas, ni qu'elle puisse l'être, dès lors que son application serait nécessairement uniforme.

La seconde est plus novatrice. Elle renvoie à une lecture quasi-contractuelle, dans son esprit tout au moins, du délai de sept ans, qui n'est pas sans rappeler celle qu'en faisait le sénateur Badinter lors du débat parlementaire. Il en résulte que le caractère général de la règle imposée par les nouvelles dispositions limitant la durée des fonctions des premiers présidents, et le fait que l'affectation suivante de ces magistrats ne soit pas laissée à l'appréciation de l'autorité investie du pouvoir de nomination, ne suffit pas à assurer sa compatibilité avec l'inamovibilité des magistrats du siège, mais que ce principe impose également que cette règle soit connue des magistrats appelés à exercer ces fonctions *avant* qu'ils ne les acceptent.

Cette interprétation ne fait pas obstacle à la position prise par l'administration dans le présent litige. Pour discerner malgré tout une telle contradiction, il faudrait estimer que l'interprétation que l'administration donne des textes applicables tend, en réalité, à dégager une règle de droit nouvelle, que la lecture de l'article 37 du statut, dans sa version issue de la loi organique du 23 décembre 2001, ne permettait pas aux premiers présidents de cour d'appel magistrats nommés en application de cet article d'anticiper, de sorte que l'exigence posée par le Conseil constitutionnel, tendant à ce les magistrats du siège soient mis à même d'accepter une fonction en pleine connaissance des règles encadrant sa durée et les cas dans lesquels il pourrait y être mis fin, aurait été méconnue en l'espèce. Nous sommes donc finalement renvoyés par cette décision aux interprétations opposées que l'administration et le requérant donnent du droit applicable, et à l'incidence propre que la réforme de 2001 a pu exercer sur le maintien en activité.

Pour qualifier cette incidence, il convient de distinguer deux choses : les conséquences de la nomination concomitante, *ab initio*, des premiers présidents de cour d'appel comme magistrats hors hiérarchie à la Cour de cassation, et celles qui pourraient résulter, plus généralement, de la limitation à sept ans de la durée de leurs fonctions et des autres garanties qui l'entourent.

Le premier point introduit dans l'économie de la réforme de 1986 un changement sur lequel l'analyse qui vient d'être faite des notions de magistrat hors hiérarchie et de conseiller à la Cour de Cassation conduit immédiatement à s'interroger. La rédaction des décrets qui nomme les premiers Présidents de Cour d'Appel « conseiller à la Cour de Cassation pour exercer » ces fonctions semble autoriser, plus que ne le faisait le texte originel, l'idée d'une continuité possible dans leurs fonctions lors du maintien en activité, dès lors

qu'ils sont *déjà* conseillers à la Cour de Cassation, et non pas seulement magistrats hors hiérarchie de cette même cour, au moment où ils formulent leur demande de maintien en activité. Il suffit de garder à l'esprit l'analyse que nous faisons à l'instant de la portée de ces deux notions, et de leur articulation, pour saisir la portée de ce changement. Qui plus est, en prévoyant que la nomination d'origine intervient « en surnombre de l'effectif organique » de la Cour de Cassation, et que ce surnombre est résorbé « à la première vacance utile », le texte peut paraître répondre à un souci analogue à celui qui avait inspiré l'amendement déjà analysé à la loi du 23 décembre 1986, prévoyant leur maintien en activité « en surnombre » lors de leur retour, et renforcer une sorte de présomption de rattachement effectif à la Cour de Cassation dès la nomination originelle, qui irait également dans le sens de la requête.

Mais à y regarder de plus près, il nous semble que le nouvel article 37 du statut ne présente pas de vraie contradiction avec la loi du 23 décembre 1986, pas plus qu'il n'impose de lui donner un sens différent.

D'une part, et à titre principal, on relèvera, à la lecture directe des textes, que la loi organique du 23 décembre 1986 parle d'exercer, après la limite d'âge, les « fonctions » de conseiller à la Cour de Cassation, tandis que celui de la loi organique du 25 juin 2001 parle de nomination concomitante à un « emploi » et que les décrets de nomination pris sur son fondement, s'ils nomment les premiers présidents « conseillers » à la Cour, précisent que c'est pour exercer les « fonctions » de premier Président de Cour d'Appel. Quand ils atteignent la limite d'âge et demandent leur maintien en activité, ces magistrats certes nommés, à l'origine conseillers à la cour de cassation pour exercer « les fonctions » de premier président de cour d'appel, ne peuvent le faire que pour exercer les « fonctions » de conseiller. Dans le flou relatif des textes qui régissent cette catégorie de magistrats hors hiérarchie, organisée selon une pure logique d'emplois, et face à la nécessité d'interpréter la volonté du législateur en mettant en cohérence les termes utilisés dans des contextes différents, cette notion de fonctions permet d'assurer articulation cohérente des deux lois organiques, et leur continuité.

Les autres parties du texte n'apportent pas d'indication qui altère ce premier raisonnement. S'agissant de la nomination « en surnombre de l'effectif organique », on relèvera qu'à l'époque où la loi de 2001 fut examinée puis votée, cette notion d'effectif organique de la Cour de cassation semblait devoir correspondre au décret, pris annuellement en application du statut, qui fixait les effectifs de chacune des catégories de magistrats qui la composent. Cet effectif correspondait également, en principe, aux emplois votés en loi de finances. Mais dans la dernière version de ce décret, remontant au 8 mars 2002, les conseillers étaient au nombre de 88 et cet effectif n'a jamais été ajusté pour prendre en compte les premiers présidents de cour d'appel nommés sur le fondement de la réforme de 2001. Et l'on ne trouve pas de signification alternative concrète à cette notion, laquelle n'a plus de sens aujourd'hui, d'une part parce que l'entrée en vigueur de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) a mis fin au mécanisme d'individualisation en loi de finances des différentes catégories de membres de la Cour par emplois budgétaires, et d'autre part parce que, pour des raisons circonstanciées tenant à un recours exercé devant vous contre des décisions de mutations de magistrats du Parquet, le décret du 8 mars 2002 fixant l'effectif des différentes catégories de magistrats de la cour de cassation a été abrogé par un décret du 26 novembre 2007, sans jamais être remplacé.

Ces dispositions, qui n'ont plus de sens aujourd'hui, n'ont donc pas semblé, quand elles en avaient un, marquer un rattachement des premiers Présidents de Cour d'Appel à la Cour de Cassation qui aille au-delà, d'une part, de la possibilité de retrouver un emploi à la Cour dès la fin de leurs fonctions de premier président de cour d'appel, et, d'autre part, d'une prise de rang intervenant lors de leur retour mais prenant en compte, au titre de l'ancienneté, comme nous l'avons vu, la date de leur première nomination.

Enfin, si cette disposition faisait partie d'un amendement parlementaire dont le détail n'avait pas été discuté comme tel, en revanche la présentation d'ensemble qui avait été faite de cet amendement complétant l'article 37 du statut lors du retour du texte au Sénat parlait de « réintégration » à la Cour de Cassation comme de l'une des deux voies ouvertes aux premiers présidents de cour d'appel à l'issue du délai de sept ans, l'autre étant, nous l'avons vu, leur nomination possible, à leur demande, en qualité d'inspecteur général adjoint des services judiciaires. De sorte que rien n'indique que, dans l'esprit du législateur de 2001, la nomination concomitante des premiers Présidents de Cour d'Appel dans un emploi hors hiérarchie de la Cour de Cassation pouvait permettre une assimilation, ou entretenir une confusion, avec la situation des conseillers en service au sein de cette cour.

Reste alors à se demander, plus radicalement, si les autres garanties dont le législateur de 2001 a assorti le délai maximum de sept ans ne s'étendent pas en réalité aux dispositions relatives au maintien en activité qu'elles elles auraient ainsi, implicitement mais nécessairement, complétées.

Nous ne pensons pas que le silence gardé par l'article 37 sur le cas où l'intéressé est atteint par la limite d'âge puisse être interprété comme prévoyant que celle-ci doit rester sans incidence sur la situation des premiers présidents quand ils l'atteignent pendant le délai de sept ans, plaçant ces derniers dans une sorte d'extra-territorialité par rapport à l'une des règles les plus intangibles de tous les statuts, qu'ils concernent les fonctionnaires ou les magistrats.

Pour raisonner ainsi, il faudrait assimiler la situation des premiers présidents de Cour d'Appel à celle des présidents de certaines autorités administratives indépendantes, dont la durée du mandat est garantie, et peut le cas échéant se prolonger au-delà de leur mise à la retraite dans leur corps d'origine. Ainsi en aviez vous jugé dans votre décision d'Assemblée O... du 7 juillet 1989, n° 56627 (p. 161) s'agissant, à l'époque, de la Commission de la concurrence, en estimant que « lorsque le président de la Commission de la concurrence atteint dans son corps d'origine la limite d'âge de son grade, et cesse par là même d'appartenir à ce corps, il doit néanmoins conserver ses fonctions jusqu'à l'expiration de la durée de six ans (...) » de son mandat, dès lors que la durée de celui-ci a été fixée par le législateur afin de renforcer son indépendance. Le raisonnement suivi faisait une part importante à la singularité de la fonction dans laquelle M. O..., Conseiller d'Etat, était détaché, fonction qui n'entretenait pas de lien direct avec son corps d'origine, pas plus qu'elle ne s'inscrivait dans le déroulement de carrière normal d'un quelconque autre corps de la fonction publique ou de la magistrature.

Aucune de ces conditions n'est transposable à la situation des premiers Présidents de Cour d'Appel qui, pour éminente qu'elle soit, s'inscrit dans le déroulement normal de carrière des magistrats judiciaires, et dont l'exercice ne saurait s'abstraire des règles gouvernant la gestion de ce corps. Aucun argument de droit ne permet de concevoir que les magistrats

affectés à ces fonctions puissent, de ce seul fait, échapper aux règles gouvernant la mise à la retraite des membres de ce corps, comme le législateur l'a souhaité pour certains présidents d'autorités administratives indépendantes, et le principe d'inamovibilité, tel que précisé par le Conseil constitutionnel, ne l'impose pas davantage.

Si l'on suivait cette logique, l'économie de la réforme de 1986 se trouverait d'ailleurs bouleversée bien au-delà de ce que demande M. N..., et ses conséquences s'écarteraient manifestement de l'intention du législateur.

D'une part, le délai de sept ans ne serait pas nécessairement échu au terme des trois années de maintien en activité, et il faudrait envisager un droit à être maintenu en fonctions au-delà de l'échéance de ce délai, sans aucune base juridique pour ce faire.

D'autre part, si l'on interprétait de la sorte la portée de la réforme introduite par la loi du 25 juin 2001, c'est, eu égard au nombre de fonctions de magistrats dont ce texte limite la durée des fonctions, un très grand nombre de magistrats du siège qui se trouveraient ainsi maintenus dans les mêmes fonctions au-delà de la limite d'âge, voire potentiellement, pour la raison qui vient d'être dite, au-delà de soixante huit ans.

Or les réformes de 1986 et 1988, comme nous l'avons vu, introduisaient une dérogation bien circonscrite –même si son interprétation exige, s'agissant des conseillers à la Cour de cassation, une exégèse qui ne plaide pas pour la clarté du texte- dérogation à la limite d'âge que rien ne permet d'assimiler au recul de celle-ci, hypothèse que le législateur a écartée et qui, combinée avec la loi du 25 juin 2001, aurait indéniablement eu l'effet que M. N... souhaite voir produire aux dispositions en vigueur. L'article L. 221-2 du code des juridictions financières, que nous partiellement cité, établit bien cette distinction, en rappelant que seuls les magistrats bénéficiant du recul de la limite d'âge prévue au premier alinéa de l'article 4 de la loi du 18 août 1936 concernant les mises à la retraite peuvent occuper un emploi de président de chambre régionale des comptes au-delà de la limite d'âge, et précisant en revanche que « Pour l'exercice de cet emploi, les dispositions de l'article 1er de la loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 (...) ne sont pas applicables ».

La réforme introduite par la loi du 23 décembre 1986 garde donc sa cohérence après l'entrée en vigueur de la réforme de 2001, et nous pensons qu'elle n'autorise pas, en l'état, le maintien en activité des PPCA dans les mêmes fonctions.

Avant de vous proposer de rejeter le recours de M. N... pour ce motif, nous voudrions répondre brièvement à une dernière question, que nous avons laissée en suspens : si le maintien en activité dans les fonctions des premiers présidents de cour d'appel était possible, ce que nous ne pensons pas, ceux qui en font la demande devraient-ils être maintenus, de plein droit, dans les mêmes fonctions ?

Vous n'aurez pas à y répondre si vous nous suivez, et vous n'auriez pas nécessairement à y répondre explicitement si vous ne nous suiviez pas, car le seul fait de considérer que le maintien en activité était possible entraînerait l'annulation du refus de principe du ministre d'envisager cette hypothèse. Mais la question est tout de même clairement posée par le recours, et il nous semble que la réponse complète et confirme l'éclairage que nous avons essayé d'apporter à la question principale.

Bien que dans beaucoup de cas, comme nous l'avons vu, le maintien en activité s'accompagne nécessairement d'un changement de fonctions, nous inclinons à suivre M. N... pour estimer qu'une difficulté sérieuse s'opposerait à ce que les premiers Présidents soient, selon les cas et indépendamment de leurs vœux, maintenus dans les mêmes fonctions ou réintégré sans leur consentement à la Cour de Cassation, car le texte ne prévoit aucune garantie suffisante pour que la latitude qui serait ainsi laissée à l'autorité investie du pouvoir nomination pût être jugée conforme au principe d'inamovibilité, tel que l'a interprété le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 26 janvier 1967. Le maintien en activité des autres magistrats, organisé, nous l'avons vu, selon un système assez complexe par la loi organique 88-23 du 7 janvier 1988, donne lieu à des nominations qui s'effectuent, en vertu du dernier alinéa de l'article 1^{er} de cette loi, sur proposition du garde des Sceaux, et après avis conforme du conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats du siège. Rien de tel n'est prévu pour le maintien en activité des magistrats hors hiérarchie, de sorte que rien n'encadrerait l'option laissée à l'autorité de nomination, qui serait très probablement inconstitutionnelle. Ainsi, si le maintien dans les mêmes fonctions était juridiquement possible, il serait effectivement difficile, en l'absence de garanties de procédure, de le refuser au magistrat qui en ferait la demande, comme l'indique M. N.... Mais l'on peut voir, aussi et peut-être surtout, dans ce complément d'analyse, un argument a fortiori pour la solution que nous vous proposons : si le texte n'a rien prévu, c'est parce que la garantie réelle qu'il comporte réside dans l'automatisme du retour à la Cour de Cassation, et que toute autre interprétation fait disparaître sa cohérence.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.