

N° 311938

Mme T...

## Section du contentieux

Séance du 24 septembre 2010

Lecture du 1<sup>er</sup> octobre 2010

**M. Mattias GUYOMAR, rapporteur public**

## CONCLUSIONS

***(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Guyomar 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 jurisprudence *Ternon* est-elle applicable au retrait du décret de nomination d'un magistrat pris en application de l'article 26 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature? Telle est la question inédite que pose la présente affaire.

Par un décret du Président de la République en date du 18 juillet 2007, pris sur proposition du garde des sceaux après avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), Mme T..., auditeur de justice, est nommée substitute placée auprès du procureur général près la cour d'appel de Fort-de-France.

A la suite de la révélation, au mois d'août 2007, de faits mettant en cause la bonne moralité de l'intéressée, l'administration, différant la prestation de serment de Mme T..., engage à son encontre une procédure disciplinaire en vue de mettre fin à ses fonctions d'auditeur de justice. Le 30 août 2007, elle fait l'objet d'une décision de suspension provisoire.

Par une décision en date du 11 octobre 2007, le ministre de la justice prononce, après avis favorable du conseil de discipline de l'Ecole nationale de la magistrature (ENM), l'exclusion de Mme T... de cette école. Par une décision du 13 octobre 2007, il met fin à ses fonctions d'auditrice de justice à compter du 30 octobre 2007. Enfin, un décret du président de la République en date du 16 novembre 2007 procède au retrait de la nomination de Mme T... en qualité de substitute.

Mme T... vous demande l'annulation de ces trois décisions. Compte tenu de votre compétence directe pour connaître des conclusions dirigées contre le décret du 16 novembre 2007, nous admettons, par la voie de la connexité, que vous soyez également compétents en premier et dernier ressort s'agissant des deux autres chefs de conclusions.

Mme T... avait également présenté des conclusions à fin de suspension de l'exécution de ces trois décisions. Par une ordonnance en date du 1<sup>er</sup> février 2008, le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu les décisions des 11 et 13 octobre 2007 et rejeté le surplus des conclusions.

Nous commencerons par examiner les conclusions dirigées contre le décret du 16 novembre 2007 rapportant la nomination de Mme T....

L'autorité de nomination des magistrats judiciaires est le Président de la République, en vertu de l'article 13 de la Constitution et de l'article 26 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Cette ordonnance définit le cadre juridique de l'accès au corps judiciaire par l'Ecole nationale de la magistrature.

L'article 15 de ladite ordonnance prévoit que les auditeurs de justice sont recrutés « par voie de concours » ou « sur titres ». L'article 18 précise que les candidats déclarés reçus à l'un des concours prévus sont « nommés auditeurs de justice, par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, et perçoivent un traitement ».

L'article 21 organise ensuite la procédure de sortie de l'école : « Un jury procède au classement des auditeurs de justice qu'il juge aptes, à la sortie de l'école, à exercer les fonctions judiciaires. Le jury assortit la déclaration d'aptitude de chaque auditeur d'une recommandation et, le cas échéant, de réserves sur les fonctions pouvant être exercées par cet auditeur, lors de sa nomination à son premier poste. Lors de la nomination de l'auditeur à son premier poste, cette recommandation, ces réserves et les observations éventuellement formulées par ce dernier sont versées à son dossier de magistrat. Il peut écarter un auditeur de l'accès à ces fonctions ou lui imposer le renouvellement d'une année d'études. La liste de classement est portée à la connaissance du garde des sceaux, ministre de la justice, qui en assure la publication au Journal officiel ».

Enfin, l'article 26 de l'ordonnance dispose que : « Le Président de la République nomme les auditeurs de justice aux postes du second degré de la hiérarchie judiciaire sur les propositions du garde des sceaux, ministre de la justice. Suivant leur rang de classement, à l'exclusion des fonctions visées par les réserves du jury prévues à l'article 21 et en fonction de la liste qui leur est proposée, les auditeurs font connaître au garde des sceaux, ministre de la justice, le poste auquel ils souhaitent être nommés. Un auditeur de justice qui n'a pas exprimé de choix fait d'office l'objet d'une proposition de nomination et, s'il refuse cette proposition, il est considéré comme démissionnaire ».

La procédure de nomination est précédée de la consultation du CSM, conformément à ce que prévoit l'article 65 de la Constitution aux termes duquel : « La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation et pour celles de président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme. [...] La formation du Conseil

supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis pour les nominations concernant les magistrats du parquet, à l'exception des emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres ». L'article 26 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 précise les modalités procédurales de cette consultation : au vu des choix exprimés par les auditeurs à la sortie de l'ENM, « le garde des sceaux, ministre de la justice, saisit pour avis la formation compétente du Conseil supérieur. En cas d'avis défavorable pour la nomination d'un auditeur à un emploi du siège, une nouvelle proposition de nomination est faite après consultation de l'intéressé et soumise pour avis à la formation compétente du Conseil supérieur. En cas d'avis défavorable pour la nomination d'un auditeur à un emploi du parquet, le garde des sceaux, ministre de la justice, peut passer outre ou faire une nouvelle proposition après consultation de l'intéressé qui est soumise pour avis à la formation compétente du Conseil supérieur. Si l'auditeur refuse la nouvelle proposition, il est considéré comme démissionnaire [...] ».

La séquence conduisant jusqu'à la nomination est donc, en principe, la suivante : classement de sortie de l'ENM ; expression des vœux des auditeurs classés ; saisine du CSM par le garde des sceaux sur un projet de nomination ; proposition de nomination par le garde des sceaux ; décret de nomination du Président de la République. Par votre décision *M. G...* (3 décembre 2003, n°s 223569 228818, T. p. 848), vous avez jugé que « [...] l'autorité de nomination est liée quant au principe même de la nomination, à l'issue de leur scolarité à l'Ecole nationale de la magistrature, des candidats reçus au concours [...] ».

Il faut souligner la particularité de l'entrée dans le corps judiciaire. Celle-ci est réalisée par la nomination à un poste du second degré de la hiérarchie judiciaire qui confère à son titulaire la qualité de magistrat. Le décret de nomination constitue ainsi un ensemble indivisible qui, dans le même temps, consacre l'entrée dans le corps judiciaire et la matérialise par l'affectation à un poste précis. Vous avez ainsi jugé que si les auditeurs de justice entrent dans le corps judiciaire avec la qualité de stagiaires, dès leur nomination par arrêté du garde des sceaux à l'Ecole nationale de la magistrature, ils n'accèdent à la hiérarchie judiciaire dont le grade de début est le second grade des magistrats, que par leur nomination à un poste de ce grade en qualité de magistrat du siège ou du parquet (21 décembre 1977, *Delle A...et autres*, n°s 07388 07848, p. 527).

Le décret attaqué doit donc être regardé comme le retrait de la décision individuelle créatrice de droits que constitue la nomination, par le décret du 18 juillet 2007, de Mme T... en qualité de magistrat. C'est d'ailleurs bien ainsi qu'il se présente. Citons son article 1<sup>er</sup> : « les dispositions du décret du 18 juillet 2007 sont rapportées en tant qu'elles nomment Mme N... T..., auditrice de justice, substitute placée auprès du procureur général près la cour d'appel de Fort-de-France ».

Le régime du retrait des décisions individuelles créatrices de droit est désormais fixé par votre décision *Ternon* (Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197018, p. 497) : « Sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ».

Les conditions que vous avez posées, par voie prétorienne, sont-elles respectées ?

Nous commencerons par celles qui posent le moins de difficulté.

En principe, l'autorité compétente pour retirer un acte est l'auteur de cet acte (13 février 1981, *N...*, n° 15578, T. p. 970 ; 29 avril 1981, *Mme N...*, n° 18971 p. 183). En cas de modification des compétences, c'est l'autorité compétente à la date du retrait qui peut légalement y procéder, et, le cas échéant, s'il s'agit d'un acte individuel, son supérieur hiérarchique (Section, 7 octobre 1994, *J...*, n°s 903344 et 102049, p. 428 ; Section, 30 septembre 2005, *I...*, n° 280605, p. 402). Le Président de la République était donc bien compétent pour retirer le décret de nomination de Mme T....

Le délai forfaitaire de quatre mois, fixé par la jurisprudence *Ternon*, a été respecté puisque la nomination du 18 juillet 2007 a été rapportée par le décret du 16 novembre 2007. Le délai de quatre mois court à compter de l'édition de l'acte et non de sa notification. Une décision individuelle créatrice de droits entre en effet en vigueur dès sa signature (Section, 19 décembre 1952, *Dlle Mattéi*, n° 7133, p. 594). Contrairement à ce que soutient la requérante, la circonstance que ce décret ne lui a été notifié que le 19 décembre soit après l'expiration du délai de quatre mois est donc sans incidence sur la légalité du retrait (Section, 21 décembre 2007, *Société Bretim*, n° 285515, p. 519).

La nomination de Mme T... était-elle illégale ?

Le décret attaqué est motivé comme suit : « considérant qu'une enquête diligentée à la suite d'une plainte au mois d'août 2007 du chef d'escroquerie a permis d'établir que Mme N... T... avait, courant juin et juillet 2007 dans des circonstances reconnues par l'intéressée, effectué des opérations d'achat par correspondance avec un numéro de carte bancaire obtenu par des moyens frauduleux ; qu'au regard de ces faits, commis antérieurement à la prise du décret la nommant magistrat mais portés postérieurement à la connaissance de l'autorité de nomination, Mme T... ne remplissait pas la condition de bonne moralité exigée par l'article 16 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 ; que l'intéressée ne pouvait en conséquence être nommée aux fonctions de magistrat ».

L'article 16 de l'ordonnance organique prévoit en effet à son 3° que les candidats à l'auditorat doivent « jouir de leurs droits civiques et être de bonne moralité ».

Nous n'avons aucun doute sur le fait que la requérante ne remplit pas cette dernière condition, eu égard aux faits qu'elle a commis et qu'elle a d'ailleurs reconnus le 23 août 2007. Auraient-ils été commis avant que Mme T... ne passe le concours d'entrée à l'ENM – elle a été lauréate de la session 2004 – qu'ils auraient justifié un refus d'admission à concourir. Auraient-ils été commis avant le concours mais connus de l'administration postérieurement à celui-ci que l'admission à concourir aurait pu être légalement retirée, sous réserve du respect des autres conditions (voir en ce sens 27 janvier 1992, *Ministre de l'intérieur c/ C...*, n° 89074, T. p. 723, 1043, 1044 et 1244, dont le fichage au recueil Lebon souligne la portée générale en marquant la possibilité, pour effectuer un retrait, de tenir compte de faits non connus des services administratifs concernés à la date de la décision finalement retirée).

Vous avez conféré à cette exigence de bonne moralité, requise pour pouvoir candidater à l'auditorat, des effets allant au-delà de la lettre du texte en admettant que sa méconnaissance puisse faire obstacle à la nomination en qualité de magistrat. Votre décision précitée du 3 décembre 2003 *G...*, (n°s 223569 228818, T. p. 848) après avoir rappelé que « l'autorité de nomination est liée quant au principe même de la nomination, à l'issue de leur scolarité à l'Ecole nationale de la magistrature, des candidats reçus au concours », précise qu'« il appartient toutefois au Conseil supérieur de la magistrature et au garde des sceaux, ministre de la justice de s'opposer à une telle nomination lorsque leur sont révélés des faits jusqu'alors ignorés de l'administration et qui sont de nature à établir que l'intéressé ne satisfait pas à l'exigence de "bonne moralité" à laquelle doivent répondre les candidats à la magistrature en vertu de l'article 16 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 ». Cette solution s'inspire d'une jurisprudence constante selon laquelle l'autorité administrative peut refuser de nommer un candidat ayant été reçu à un concours lorsque lui sont révélés, postérieurement au concours, des faits entachant gravement sa moralité (16 mai 1930, *Sieur Grégo*, n° 99088, p. 521 ; 24 juillet 1981, *Ministre de l'intérieur c/ M...* , n° 21004, p. 337). Ainsi que l'expliquait Francis Lamy, dans ses conclusions sur la décision précitée du 3 décembre 2003 *G...* : dans pareil cas, « le refus de nomination [est] motivé par la révélation, postérieurement à l'admission à concourir [ou à la réussite du concours] des faits constitutifs d'un comportement incompatible avec l'exercice des fonctions auxquelles postule le candidat ».

Cette solution, dégagée à propos des magistrats recrutés par concours exceptionnel, est transposable aux auditeurs de justice. Un motif tiré de faits jusqu'alors ignorés de l'administration et qui sont de nature à établir que l'intéressé ne satisfait pas à l'exigence de « bonne moralité » permettrait donc au garde des sceaux de refuser légalement de nommer magistrat un auditeur de justice à sa sortie de l'ENM.

Admettons, pour les besoins de notre raisonnement, qu'un tel motif soit également de nature, en vertu de la combinaison des jurisprudences *C...*<sup>1</sup> et *G*<sup>2</sup>..., à fonder légalement une décision de retrait de la nomination. Il s'ensuivrait qu'il appartient à l'autorité de nomination de retirer la décision de nomination d'un magistrat avant l'expiration d'un délai de quatre mois lorsque des faits incompatibles avec l'exigence de « bonne moralité » ont été commis antérieurement à cette décision mais ont été révélés postérieurement à celle-ci.

Pour contester la légalité du retrait de son décret de nomination, la requérante soutient notamment qu'il aurait dû être précédé de la consultation du CSM.

Mais, contrairement à ce qu'elle allègue, la consultation de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet, prévue par l'article 59 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, n'était pas requise dès lors que le décret attaqué ne constitue pas une sanction disciplinaire – il ne s'agit en effet pas de la révocation prévue au 7° de l'article 45 de l'ordonnance précitée. Pour le même motif, le moyen tiré de la violation des droits de la défense doit être écarté comme inopérant, de même que celui tiré de la méconnaissance de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme.

---

<sup>1</sup> 27 janvier 1992, *Ministre de l'intérieur c/ C...*, n° 89074, T. p. 723, 1043, 1044 et 1244.

<sup>2</sup> 3 décembre 2003, *G...*, n°s 223569 et 228818, T. p. 848.

Mme T... soutient ensuite que l'avis simple du CSM étant requis avant la nomination d'un magistrat du parquet, en vertu des dispositions combinées des articles 65 de la Constitution et 26 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, le retrait d'une telle nomination aurait nécessairement dû être précédé de la consultation de cet organisme.

Nous avons exploré cette piste lorsque nous avons conclu, une première fois, sur cette affaire devant vos 6<sup>e</sup> et 1<sup>ère</sup> sous-sections réunies. L'exigence d'une consultation symétrique, dans le silence des textes, a pour elle le renfort d'une forme de bon sens, surtout si l'on la rattache à la garantie que constitue l'intervention de l'avis d'un organisme de rang constitutionnel<sup>3</sup>. Rappelons que le Conseil constitutionnel a jugé qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des articles 64 et 65 de la Constitution que « l'indépendance du Conseil supérieur de la magistrature concourt à l'indépendance de l'autorité judiciaire » (décision n°2010-611 DC du 19 juillet 2010).

Mais, en l'état actuel de votre jurisprudence, cette voie s'est révélée être une impasse. Ainsi que l'explique Bruno Genevois, dans son article « Un faux ami : le principe du parallélisme des compétences » dans les Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, l'application du principe du parallélisme des compétences n'entraîne pas en principe, s'agissant des actes administratifs non réglementaires, celle du principe du parallélisme des formes. L'état de votre jurisprudence est clairement exposé par le commissaire du gouvernement Heumann, dans ses conclusions sur la décision *Sieur Fourré-Cormeray* (Section, 10 avril 1959, *Sieur Fourré-Cormeray*, n° 22184, p. 233) : « La nécessité d'une formalité parallèle pour l'intervention de l'acte contraire ne répond pas à un souci de pure esthétique formelle. La symétrie peut satisfaire l'œil du juriste. Elle ne suffirait pas à justifier la mise en œuvre d'un appareil procédural fort lourd si d'autres motifs ne donnaient pas au parallélisme son véritable fondement. [...] Deux idées sont à la base de la conception du parallélisme, celle d'une utilité et celle d'un ordre ou d'une discipline dans l'ordonnement juridique. Ces deux idées étroitement liées imposent naturellement les limites qu'il convient d'apporter à l'application. Si la formalité n'est d'aucune utilité, si même elle perd son sens quand il s'agit de prendre l'acte contraire, la théorie du parallélisme est à écarter. Si d'autre part, cette théorie devait aboutir à fausser les mécanismes administratifs, elle serait contraire à la finalité même qu'elle s'assigne. Vous ne pourriez que l'exclure ».

Votre jurisprudence ne comportait que peu d'applications positives de ce principe (notamment 27 janvier 1956, *Société de la maison des étudiants du Maroc*, p. 41). En jugeant, par la décision du 10 avril 1959, conformément aux conclusions, que l'abrogation d'une nomination ne se trouvait pas soumise aux règles de procédure applicables à la mesure de nomination, vous avez porté à cette théorie un « coup mortel » pour reprendre la formule imagée des chroniqueurs à l'AJDA (Chron. M. Combarnous et J.-M. Galabert, AJDA, juin 1959, p.110). Depuis lors, vous n'en avez jamais fait, à notre connaissance, une application positive (notamment Section, 17 mars 1972, *Dame F...*, n° 76453, p. 224 ; 14 mai 1986, *R...et autre*, n°s 60852, 60953 et 61573, T. p. 351). Ainsi stabilisée, votre jurisprudence est

---

<sup>3</sup> L'article 64 de la Constitution fait du Président de la République « le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire » et précise qu' « il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature ».

claire : l'administration sait que, sauf dispositions expresses, elle n'est pas tenue de respecter, au stade du retrait, les formalités précédant l'édiction de l'acte retiré.

Il aurait fallu de solides raisons pour ressusciter, à la faveur de la présente affaire, le principe du parallélisme des procédures, au risque d'une certaine insécurité juridique. Mais, indépendamment des arguments de politique jurisprudentielle, les critères d'utilité et d'ordre rappelés par le commissaire du gouvernement Heumann ne nous semblent pas remplis. L'avis du CSM constitue indéniablement une garantie pour l'auditeur de justice mais, dès lors que son objet porte principalement sur l'adéquation du candidat au poste envisagé pour sa première affectation, il perd une part de sa raison d'être dans l'hypothèse d'un retrait de la nomination. En outre, la consultation du CSM paraît difficilement compatible avec le respect du délai de quatre mois dont nous n'envisageons pas qu'il puisse être interrompu par la saisine du conseil. Relative inutilité et lourdeur procédurale se conjuguent donc pour écarter la tentation d'une exceptionnelle exhumation. Enfin, il faut ajouter que nous nourrissons de sérieux doutes sur l'existence même d'une symétrie. L'avis est en effet sollicité par le garde des sceaux en amont de la proposition de nomination qu'il fait au Président de la République. La procédure de consultation ne précédant pas l'acte de nomination en tant que tel, il aurait fallu consentir un réel effort pour estimer qu'elle doit précéder son retrait.

Nous n'avons pas changé d'avis : en l'état de votre jurisprudence, si l'avis simple<sup>4</sup> du CSM est requis pour la nomination d'un magistrat du parquet, le retrait d'une telle nomination n'est pas, en l'absence de prescription expresse en ce sens, subordonné à cette consultation.

Pour parfaitement orthodoxe qu'elle soit, cette solution n'est pas sans susciter un certain malaise. Malaise qui a justifié le renvoi de la présente affaire devant votre formation de jugement.

Ce qui grince, c'est l'application du régime du retrait au cas particulier de la nomination d'un magistrat. A tel point que la requérante vous invite à juger qu'il ne lui est pas applicable.

Le découplage du délai de retrait et du délai de recours juridictionnel opéré par la jurisprudence *Ternon* a rendu au retrait sa véritable nature. Il ne s'agit plus de permettre à l'autorité administrative d'anticiper sur une future décision de justice au risque de préjuger l'issue de la procédure juridictionnelle. C'est la manifestation au profit de l'auteur de l'acte lui-même d'un droit de repentir spontané. La compétence pour édicter un acte créateur de droits comprend le pouvoir de l'effacer de l'ordonnement juridique s'il s'avère illégal. La gomme se trouve, d'une certaine manière, au bout du crayon. Le point d'équilibre entre le nécessaire rétablissement de la légalité et l'exigence de sécurité juridique qui fait obstacle à une remise en cause excessive des droits acquis se traduit par l'enfermement de l'exercice de cette faculté dans le bref délai de quatre mois. Le caractère inhérent à la compétence de l'auteur de l'acte du pouvoir de retrait<sup>5</sup> explique que ce dernier existe sans fondement textuel. Cette construction prétorienne n'est que réognitive, simple écho juridique à la nature des

---

<sup>4</sup> En revanche, s'il s'agissait d'un avis conforme, un tel avis serait requis pour que l'acte contraire puisse être pris (Section, 16 juin 1944, *Sieur Boujasson*, n°s 66774 et 67572, p. 173).

<sup>5</sup> Le commissaire du gouvernement Rivet évoque, dans ses conclusions sur votre décision *Dame Cachet* (3 novembre 1922, n° 74010, p. 790), « une faculté essentielle » à l'action de l'administration.

choses. A l'instar de tous les régimes bâtis par la jurisprudence, celui du retrait ne saurait être trop sophistiqué. Son caractère rudimentaire convient à la nécessité d'agir vite qui ne saurait s'embarrasser de contraignantes formalités. Le retrait d'un acte créateur de droits illégal comporte, par nature, une dose de brutalité qui vient compenser la brièveté du temps offert pour en faire usage.

C'est précisément cette rusticité administrative qui messied à la nomination d'un magistrat.

« [...] une argumentation juridique impeccable et conforme à des solutions constamment consacrées peut, les états d'esprit ou les circonstances ayant évolué, aboutir à une solution devenue choquante. Le juge s'interroge alors sur la valeur des prémisses qu'il a retenues et du raisonnement qu'il a suivi ; pour écarter un dispositif que sa conscience ne permet pas d'accepter, il doit innover, modifier, le cas échéant, sa doctrine et adapter son raisonnement juridique au but à atteindre ». Ces fortes lignes, extraites du cours de contentieux administratif de Raymond Odent (tome 1, p. 70) inspirent notre démarche.

La nomination d'un magistrat n'est pas un acte créateur de droits comme les autres. Voilà d'où provient le grincement qui nous retient d'appliquer le régime jurisprudentiel du retrait.

En premier lieu, elle investit cet agent public de la singulière fonction de juger. Les spécificités de la fonction juridictionnelle, qui ne s'apparente pas aux fonctions administratives, expliquent en particulier que la Cour de cassation n'applique pas aux magistrats la « théorie du fonctionnaire de fait » (voyez, pour des illustrations de cette théorie jurisprudentielle : Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civile, 7 août 1883, avec l'affaire dite des mariages de Montrouge ; Conseil d'Etat, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousquié*, n°s 64358 et 64780, p. 699 ; Section, 16 mai 2001 *Préfet de police c/ I... M...*, n° 231717, p. 234). Là où la continuité du service public doit l'emporter parce que le fonctionnaire s'efface derrière sa fonction, la justice exige au contraire une véritable personnalisation de la fonction de juger (voyez en ce sens Cour cass., Crim., 4 juin 1981, pourvoi n° 80-92232, au bulletin ; CE, 12 décembre 2007, *S...*, n° 296072, p. 471). Votre décision d'Assemblée *T...* du 6 novembre 2002 (n° 240028, p. 427) en souligne les caractéristiques propres : « en vertu des principes généraux applicables à la fonction de juger toute personne appelée à siéger dans une juridiction doit se prononcer en toute indépendance et sans recevoir quelque instruction de la part de quelque autorité que ce soit ». Cette fonction peut être confiée, exceptionnellement et dans certaines limites, à des personnes qui ne sont pas des magistrats professionnels (voyez en ce sens Conseil constitutionnel n° 2002-461 DC du 29 août 2002 sur les juges de proximité). Mais son exercice est en principe réservé aux magistrats de carrière. Les caractéristiques instrumentales de la fonction de juger trouvent leur prolongement fonctionnel dans le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Ce principe a valeur constitutionnelle. Il résulte du premier alinéa de l'article 64 de la Constitution aux termes duquel « le Président de la République est garant de l'indépendance

de l'autorité judiciaire ». Depuis sa décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, le Conseil constitutionnel témoigne du souci de veiller au strict respect de ce principe<sup>6</sup>.

La décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970 relève que ces dispositions « ont pour objet notamment d'assurer aux magistrats appelés à siéger dans des juridictions l'indépendance nécessaire à l'exercice de l'autorité judiciaire » (voir également sur ce point la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001). C'est pourquoi le juge constitutionnel exige l'existence de « garanties appropriées [qui] permettent de satisfaire au principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires » (décisions n° 92-305 DC du 21 février 1992 s'agissant de la création de conseillers en service extraordinaire ; n° 98-396 DC du 19 février 1998 s'agissant des recrutements exceptionnels de magistrats n° 2002-461 DC du 29 août 2002 qui visent les « fonctions juridictionnelles »).

Le principe fonctionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire constitue l'écho de l'exigence institutionnelle de la séparation des pouvoirs qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Même s'il arrive au juge constitutionnel de fonder le principe de l'indépendance, « indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles » sur le seul article 16 (voir notamment la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010), la plupart de ses décisions font une application combinée de l'article 16 de la Déclaration et de l'article 64 de la Constitution. La décision n° 2007-551 DC du 1<sup>er</sup> mars 2007 juge ainsi que « l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Pour votre part, vous avez déjà eu à vous prononcer sur l'existence d'atteintes prétendument portées au principe constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Vous avez ainsi jugé que le décret du 13 septembre 1989 relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires, ne consacre pas, compte tenu de l'ordre protocolaire qu'il établit, une dépendance notamment hiérarchique des membres de l'autorité judiciaire qu'il concerne à l'égard des autorités placées avant eux dans l'ordre de préséance, pas davantage, s'agissant du régime des visites protocolaires, qu'il ne place les autorités soumises à ses dispositions dans une situation de dépendance à l'égard des personnalités à qui elles doivent rendre visite (20 mars 1992, *Union syndicale des magistrats, Association professionnelle des magistrats, Syndicat de la magistrature et G...*, n°s 11437, 11507, 111514 et 111515, p.122). Vous avez jugé que le pouvoir attribué par l'article R. 321-44 du code de l'organisation judiciaire au président du tribunal de grande instance de fixer le calendrier des audiences des tribunaux d'instance situés dans son ressort n'est pas de nature à porter atteinte à l'indépendance des magistrats chargés d'assurer le service de ces tribunaux (16 avril 1986, *Syndicat de la magistrature*, n° 35704, T. pp. 599, 600 et 601). Dans le même sens, vous avez considéré que le fait, pour l'administration, de demander aux magistrats d'exprimer des desiderata lors de l'examen de la proposition d'inscription au tableau ne méconnaît pas le principe de l'indépendance des magistrats (10 février 1997, *N...*, n°s 105329 et autres, T. pp. 890 et 919). L'institution d'une prime modulable en fonction de la contribution du magistrat au bon fonctionnement du service ne méconnaît pas par elle-même le principe d'indépendance (4 février 2005, *Syndicat de la magistrature et R...*, n°s 264843 et 265111, p. 33).

<sup>7</sup> La même décision juge par ailleurs que si « l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, n'interdisent pas au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité », « toutefois, ces mêmes

Ces caractéristiques d'ordre tout à la fois instrumental, fonctionnel et institutionnel placent les magistrats dans une situation spécifique telle que nous en arrivons à la conclusion que le régime du retrait ne peut s'appliquer, tel quel, à leur nomination. Nous avons dit, il y a un instant, que le pouvoir de retirer un acte créateur de droits illégal était, en quelque sorte, inhérent au pouvoir de le prendre. Mais nous pensons, que s'agissant des magistrats, les principes de valeur constitutionnelle de séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire, font obstacle à ce qu'il puisse s'exercer, sans fondement textuel.

Ces principes imposent en effet que des garanties particulières s'attachent à la qualité de magistrat, sans incidence sur ce point qu'ils soient du siège ou du parquet (voyez, s'agissant de l'unité du corps judiciaire, notamment les décisions n° 97-389 DC du 22 avril 1997, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003). Une chose est de confier le pouvoir de nomination des magistrats au Président de la République<sup>8</sup> dont il faut rappeler qu'il se trouve aussi être le garant de l'autorité judiciaire ; une autre serait d'en déduire celui de retirer, fût-ce en cas d'illégalité et dans un délai de quatre mois, un acte qui a pour effet, en nommant sur un poste, de conférer à son titulaire la qualité de magistrat. L'entrée dans le corps judiciaire provoque une forme d'effet-clicquet qui fait obstacle à ce que, dans le silence des textes, le chef de l'Etat puisse déposer ceux qu'il a nommés, même illégalement. Cette cristallisation définitive de la qualité de magistrat résulte directement des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Ces mêmes principes impliquent à notre sens que les magistrats ne pourraient se voir retirer cette qualité, compte tenu des garanties particulières qui s'y attachent, qu'en vertu de dispositions expresses de leur statut et dans les conditions prévues par ces dernières. Dès lors que l'article 64 de la Constitution prévoit qu'« une loi organique porte statut des magistrats », seul le législateur organique est compétent pour poser le principe d'un tel retrait et pour en définir le régime, s'agissant en particulier des formes et procédures à respecter, au titre des garanties attachées à la qualité de magistrat. Ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel, « en spécifiant que ressortit au domaine d'intervention d'une loi ayant le caractère de loi organique, une matière que l'article 34 range par ailleurs au nombre de celles relevant de la compétence du législateur [le statut des magistrats], le constituant a entendu par ce moyen accroître les garanties d'ordre statutaire accordées aux magistrats de l'ordre judiciaire » (n° 93-336 DC du 27 janvier 1994 ; n° 2001-445 du 19 juin 2001). Le juge constitutionnel en déduit « que la loi organique portant statut des magistrats doit par suite déterminer elle-même les règles statutaires applicables aux magistrats, sous la seule réserve de la faculté de renvoyer au pouvoir réglementaire la fixation de certaines mesures d'application des règles qu'elle a posées » (voyez, pour un exemple de censure d'une incompétence négative, la décision précitée du 26 janvier 1967). Compte tenu des garanties particulières qu'appelle le respect des exigences constitutionnelles que nous venons de rappeler, nous estimons que le principe même du retrait des actes de nomination relève du domaine statutaire et, partant, du législateur organique (voyez les décisions ayant jugé qu'ont trait au statut l'attribution de la

---

principes font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive ».

<sup>8</sup> Voir sur ce point les travaux préparatoires qui révèlent le refus du constituant de suivre la proposition du comité Vedel de faire du CSM l'autorité exclusive de nomination des magistrats du siège.

qualité d'auditeur de justice – n° 83-159 DC du 19 juillet 1983 – et la validation de nominations de magistrats – n° 87-228 DC du 26 juin 1987)<sup>9</sup>.

Or, nous relevons qu'aucune disposition de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ne prévoit qu'un magistrat puisse se voir priver de sa qualité en dehors de la procédure disciplinaire régie par les dispositions figurant à son chapitre VII, laquelle peut déboucher sur sa révocation (article 45, 7°). La spécificité de la situation des magistrats entraîne le renversement de la réserve que vous avez formulée dans la décision *Ternon* : le Président de la République ne pourrait se voir doter du pouvoir de retirer ses décrets de nomination qu'en vertu d'une disposition expresse du statut de la magistrature

Si vous nous suivez, vous jugerez que le Président de la République ne pouvait rapporter le décret, fût-il illégal, du 18 juillet 2007 et retirer ainsi à Mme T... en dehors de toute procédure disciplinaire, la qualité de magistrat que ce décret lui avait conférée. Vous annulerez donc le décret attaqué, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête.

Cette solution, qui dissipe notre malaise initial, repose sur un raisonnement inédit de la nature de ceux qu'évoquait Raymond Odent dans sa description du travail du juge. Nous croyons donc nécessaire d'en examiner la portée et les limites.

En premier lieu, la solution qui résulte de la combinaison des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire nous semble transposable à la juridiction administrative (voyez en ce sens la décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 selon laquelle « il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions [...]»). Le retrait des actes de nomination des membres de la juridiction administrative devrait également, pour être possible, avoir été prévu par une disposition expresse de leur statut. En revanche, la solution ne trouvera pas à s'appliquer à la nomination à des fonctions qui bénéficient certes du principe de l'indépendance mais pour lesquelles ne joue pas celui de la séparation des pouvoirs tels les professeurs d'université (voyez la décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984) ou les inspecteurs du travail.

En deuxième lieu, la solution ne doit faire échapper au régime *Ternon* qu'un petit îlot d'actes. Naturellement, elle ne trouvera pas à s'appliquer aux retraits qui seraient effectués – simple hypothèse d'école – à la demande des magistrats.

Pour le reste, elle doit, selon nous, être strictement cantonnée au décret de nomination initiale et ne vaut pas pour les autres actes qui se situent en amont ou en aval de l'entrée dans le corps judiciaire. En amont ne sont pas affectées les décisions relatives à l'admission à concourir et à la scolarité à l'ENM. En aval ne relèvent pas de l'exception que nous invitons à

---

<sup>9</sup> Votre jurisprudence veille également, de manière scrupuleuse au respect des compétences du législateur organique (voyez par exemple 21 mars 2001, *B...*, n° 212780, p. 151).

consacrer les actes susceptibles d'intervenir au cours de la carrière d'un magistrat tels les mutations ou les avancements. Seul le premier acte de nomination qui consacre l'entrée dans le corps judiciaire doit échapper au régime jurisprudentiel du retrait des actes créateurs de droits illégaux. Pour les autres qui n'affectent pas encore ou pas directement la qualité de magistrat, la jurisprudence *Ternon* trouvera à s'appliquer.

Existe-t-il, en troisième lieu, d'autres constructions jurisprudentielles susceptibles d'être remises en cause par notre solution ?

Pour les motifs que nous venons de développer, nous pensons que la faculté de retirer sans délai un acte créateur de droits obtenu par fraude (Section, 18 novembre 1966, *Ministre des Travaux publics et des Transports c/ S...*, n° 66124, p. 609 ; Section, 29 novembre 2002, *Assistance publique - Hôpitaux de Marseille*, n° 223027, p. 414) ne pourra pas davantage jouer en l'absence de consécration expresse par une disposition du statut. Vous considérez en effet qu'un acte administratif obtenu par fraude ne crée pas de droits. Mais là encore, la portée des principes constitutionnels en jeu exige, à notre sens, que le législateur organique rehausse au niveau du statut cette jurisprudence pour qu'elle trouve à s'appliquer aux nominations de magistrat.

A la réflexion, nous estimons qu'il devrait en aller autrement de la théorie dite des actes inexistantes. Selon une jurisprudence constante, les actes inexistantes, que ce soit matériellement ou juridiquement, ne peuvent ni créer de droits ni devenir définitifs (Section 12 avril 1958, *Sieur Kempf*, n° 307306, p. 212 ; Section 3 février 1956, *Sieur de Fontbonne*, n° 8035, p. 45). Ils peuvent donc être retirés à tout moment et sans que pèse sur leur retrait l'exigence de motivation (voyez 21 février 1997, *Ministre de l'éducation nationale et de la culture c/ R...*, n° 141960, p. 55 par lequel vous avez jugé que la décision qui retire un acte inexistant n'a pas à être motivée). Votre jurisprudence recèle de nombreuses illustrations du recours à la théorie de l'inexistence aux fins de priver de tout effet une nomination, qu'il s'agisse d'une nomination pour ordre (voyez, pour des illustrations de cette hypothèse la plus fréquente : Section, 6 février 1948, *Bonfanti*, n°s 86578 et 87291, p. 61 ; Section, 30 juin 1950, *Sieur Massonau*, n° 1326, p. 400 ; Assemblée, 15 mai 1981, *M...*, n° 33041, p. 221), d'une décision intervenue après la survenance de la limite d'âge rapportant la mise à la retraite et autorisant le maintien dans les cadres (15 juillet 1958, *Jouve et autres*, T. p. 933) ou même de la décision d'avancement d'un magistrat qui résulte d'une erreur matérielle (28 décembre 2005, *R...*, n° 279432, T. pp. 694 et 952).<sup>10</sup>

La notion d'existence joue le rôle d'une sorte de « soupape de sûreté » comme l'indique Prosper Weil, dans son article « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif » (Recueil Dalloz, 1958, p. 49) : « Par la théorie de l'inexistence, la jurisprudence s'est créé une porte de sortie pour échapper aux conséquences les plus fâcheuses des règles qu'elle a elle-même posées, sans pour autant écarter l'application de ces règles dans l'immense majorité des cas [...] lorsque dans une affaire donnée l'application des règles gouvernant l'annulation pour excès de pouvoir semble au juge par trop choquante, il a

---

<sup>10</sup> S'agissant de cas plus isolés, voyez notamment une nomination intervenue à la suite des délibérations d'une commission dont deux procès-verbaux successifs étaient contradictoires (22 juin 1932, *Sieur Munio*, n° 20659, p. 609) ou encore une nomination comme sous-directeur non accompagnée de l'affectation à un tel emploi (Section, 27 avril 1956, *Sieur Egaze*, n°s 85887 et 99788, p. 172).

la ressource de l'éluder en faisant passer l'acte de la catégorie des actes entachés d'excès de pouvoir dans celle des actes nuls et nonavenus». Dans l'attente d'une éventuelle modification du statut, il apparaît opportun de conserver le bénéfice d'une théorie qui a démontré, par le passé, à quel point elle pouvait être utile (dans l'affaire Philippe Maurice, vous avez déclaré nulle et non avenue la nomination de M. Leclache en qualité de juge au TGI de Paris, par votre décision *Maurice*, Assemblée, 15 mai 1981, n° 33041, p. 221).

Cette théorie repose en effet sur une fiction juridique, dont les conditions ne se trouvent que fort exceptionnellement remplies, selon laquelle l'acte litigieux est déclaré nul et non avenue, c'est-à-dire qu'il est réputé n'être jamais intervenu. En se plaçant, par la force de cette fiction, en amont de tout acte, il n'y a donc, dans pareille hypothèse, jamais eu de nomination et, partant, pas d'entrée dans le corps judiciaire entraînant la cristallisation de la qualité de magistrat.

En quatrième lieu et dernier lieu, nous voudrions indiquer que l'inapplicabilité de la jurisprudence *Ternon* aux nominations de magistrats ne prive pas l'administration de tout moyen d'action.

Tout d'abord, il est loisible au législateur organique d'intervenir afin de définir un régime de retrait approprié à la situation particulière des magistrats assorti des garanties statutaires que cette dernière appelle.

Ensuite, en l'absence ou dans l'attente d'une modification, sur ce point, du statut de la magistrature, la voie disciplinaire est ouverte. Des faits de la nature de ceux commis par la requérante sont en effet de nature à justifier l'engagement d'une procédure disciplinaire, susceptible de déboucher sur la révocation de leur auteur – sans qu'il soit question ici de préjuger de l'issue d'une éventuelle procédure qui serait ouverte à l'encontre de l'intéressée. Certes, ils ont été commis avant l'entrée dans le corps judiciaire mais dès lors qu'ils n'ont été connus de l'administration que postérieurement à celle-ci, ils relèvent bien de la procédure disciplinaire applicable aux magistrats. L'impossibilité de retirer la nomination d'un magistrat qui aurait commis, avant qu'elle intervienne, des faits incompatibles avec la dignité de magistrat n'implique donc pas que l'intéressé ne puisse être exclu du corps judiciaire. La sanctuarisation des effets de sa nomination est sans préjudice des procédures disciplinaires prévues par l'ordonnance du 22 décembre 1958. En effet, le principe d'indépendance du juge d'instruction ne s'oppose pas à ce qu'une sanction puisse être prononcée en cas de manquement de l'intéressé à ses obligations (28 juillet 2000, *B...*, n° 208208, p. 342)<sup>11</sup>. S'il est décidé de mettre fin aux fonctions d'un magistrat, ce sera en application du statut et dans le respect des garanties de procédure, notamment l'intervention du CSM, qu'il a prévues.

Quant à l'hypothèse d'une nomination intervenue alors que les conditions objectives prérequis (nationalité, âge, diplômes) ne seraient pas remplies, elle n'est pas affectée par notre solution. Depuis votre décision de Section du 27 avril 1988 *Mme M...* (n° 24039, p.

---

<sup>11</sup> L'approfondissement de votre contrôle sur les sanctions participe, à notre sens, du renforcement des garanties dont doivent bénéficier les magistrats, compte tenu du principe d'indépendance (voyez, pour un contrôle normal sur le choix des sanctions infligées aux magistrats du parquet : 27 mai 2009, *H...*, n° 310493, p. 207, et, pour celui de la qualification juridique des faits sur le choix des sanctions infligées par le CSM aux magistrats du parquet : 30 juin 2010, *Mme P...*, n° 325319, à mentionner aux Tables).

166), vous distinguez en effet, ainsi que l'explique lumineusement la chronique à l'AJDA (chronique M. Azibert et M. de Boisseffre, AJDA, juillet/août 1988, p. 449), entre la commission de faits entachant la moralité de la personne nommée et la circonstance que l'intéressé ne remplissait pas les conditions objectives exigées pour l'admission à concourir. Hormis le cas de fraude – justiciable, s'agissant des magistrats de la seule voie disciplinaire – c'est uniquement l'admission à concourir qui est susceptible d'être retirée pour un tel motif. Passé le délai de quatre mois, elle a créé des droits définitivement acquis au profit du candidat dont la nomination n'est pas susceptible d'être retirée (voyez, pour un prolongement de cette solution : Section, 6 mars 2009, C..., n° 306084, p. 79).

L'annulation du décret du 16 novembre 2007 ne privera donc pas l'administration des moyens pour exclure, si nécessaire, un magistrat du corps judiciaire. Mais en consacrant aujourd'hui une exception à la jurisprudence *Ternon*, vous conférerez aux principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire toute la portée qu'ils revêtent, conformément aux exigences essentielles de l'Etat de droit.

Venons-en aux conclusions dirigées contre les décisions des 11 et 13 octobre 2007 par lesquelles le garde des sceaux a prononcé l'exclusion définitive de Mme T... de l'Ecole nationale de la magistrature et a mis fin à ses fonctions d'auditeur de justice. L'article 59 du décret du 4 mai 1972 relatif à l'ENM dispose que : « Tout manquement d'un auditeur de justice aux devoirs de son état et, notamment, aux obligations qui résultent de son serment, du présent décret et du règlement intérieur de l'école nationale de la magistrature, peut donner lieu à une sanction disciplinaire ». L'article 60 du même décret prévoit que : « les sanctions disciplinaires applicables aux auditeurs sont : 1° L'avertissement ou le blâme ; 2° L'exclusion temporaire pour une durée d'un mois au plus, avec ou sans retenue de tout ou partie du traitement ; 3° L'exclusion définitive ». Enfin, l'article 61 confie au ministre de la justice la compétence pour prononcer, après avis du conseil de discipline, les sanctions disciplinaires.

Précisons tout d'abord que, contrairement à ce que soutient le ministre de la justice, ces décisions font grief à la requérante eu égard aux effets qu'elles emportaient sur sa situation juridique à la date du dépôt de sa requête.

Certes, nous ne décelons pas quels pourraient être les effets d'une sanction excluant un élève d'une école dont il est déjà sorti<sup>12</sup>. Or, c'était bien le cas de Mme T... qui avait, à la date

---

<sup>12</sup> Cette exclusion ne constituant pas le préalable requis à l'abrogation de l'arrêté la nommant auditrice, elle ne revêt de ce point de vue aucune portée. On pourrait être tenté de lui prêter les effets décrits à l'article 57 du décret du 4 mai 1972 aux termes duquel : « l'auditeur qui, pour quelques motifs que ce soit, ne termine pas sa scolarité, ne peut se prévaloir de la qualité d'ancien auditeur de justice. Il doit rembourser le montant des rémunérations qu'il a perçues au cours de sa scolarité [...] ». Mais ce n'est pas possible : Mme T... avait déjà terminé sa scolarité à la date de la sanction attaquée et le respect de la légalité des peines, applicable à la répression disciplinaire, fait obstacle à ce que soit implicitement attachée à la sanction de l'exclusion définitive de l'ENM la perte de la qualité d'ancien élève que l'article 57 ne prévoit que dans le seul cas de fin prématurée de la scolarité. De deux choses l'une : si cette exclusion intervient en cours de scolarité, faisant obstacle à ce que l'auditeur la termine, il perdra, en application de l'article 57 précité, la faculté de se prévaloir de sa qualité d'ancien élève ; si cette exclusion est prononcée après la fin de sa scolarité, n'ayant pas pour effet de faire obstacle à ce que l'auditeur la mène à son terme, elle ne saurait légalement emporter les conséquences prévues à cet article 17.

de la sanction, terminé sa scolarité et avait été classée à l'issue des épreuves de sortie. La gesticulation disciplinaire du ministre de la justice a débouché sur un acte superfétatoire (voyez sur cette notion les conclusions de Jacques Arrighi de Casanova sur Section, 3 décembre 1993, *Commune de Villeneuve-sur-Lot*, n° 135782, p. 344). La sanction attaquée constitue en effet un acte superflu que le ministre de la justice n'avait aucune raison de prendre et même qu'il aurait dû en principe ne pas prendre. Mais ainsi que le relève Denis Piveteau, dans ses conclusions sur *Association de défense de l'environnement de Gonfaron* (Section, 20 juin 1997, n° 135077, p. 249) : « la jurisprudence semble opérer une distinction entre les actes superfétatoires qui en réalité n'autorisent rien et qui ne sont donc pas susceptibles de recours (29 juin 1984, *Association pour la sauvegarde de l'église de Castels*, n° 39485, T. p. 697 ; 19 juillet 1991, *SA pizza Opéra*, n° 108754, p. 296) et les refus d'autorisation qui feignent d'interdire ce sur quoi ils n'ont aucun pouvoir et qui sont en revanche des actes faisant grief (22 juin 1984, *Ministre de l'agriculture c/ H...*, n° 47384, p. 238) ». Vous admettez donc la recevabilité des conclusions dirigées contre cette sanction.

L'annulation du décret de retrait entraîne, par voie de conséquence, celle des deux autres décisions attaquées.

Dès leur nomination par le Président de la République, les auditeurs de justice acquièrent, et sans attendre ni leur prestation de serment ni leur installation<sup>13</sup> contrairement à ce que croit pouvoir soutenir le ministre de la justice en défense, le statut de magistrat. Certes, l'article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 précitée prévoit que : « Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment (...) », et l'article 7 de la même ordonnance dispose que : « Les magistrats sont installés dans leurs fonctions en audience solennelle de la juridiction à laquelle ils sont nommés ». L'inobservation des formalités instaurées par ces dispositions fait obstacle à ce qu'un magistrat nommé dans ses premières fonctions puisse les exercer effectivement (26 mai 1989 *T...*, n° 83706, T. p. 770). Mais les articles précités n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de subordonner à leur accomplissement l'acquisition du statut de magistrat, qui résulte du seul décret du Président de la République procédant à une telle nomination et non de la prise de fonctions effective du nouveau magistrat.

Dans ces conditions, Mme T... avait, à compter de l'édiction du décret du Président de la République du 18 juillet 2007, acquis la qualité de magistrate et perdu celle d'auditeur de justice, quand bien même elle a fait l'objet d'une mesure de suspension à compter du 30 août 2007<sup>14</sup>. Et si vous annulez le décret rapportant cette nomination, elle est réputée ne l'avoir jamais perdue.

---

<sup>13</sup> Voyez s'agissant de l'absence d'effet statutaire d'une installation 28 août 1942, *Sieur Pignon*, n° 65769, p. 257 ; 7 mars 1952, *Sieur Encoyant*, n° 11749, p. 152.

<sup>14</sup> En réalité, la chronologie est plus subtile : le 11 octobre 2007 lorsque la sanction de l'exclusion définitive lui a été infligée, Mme T... était *de facto* magistrate, à la suite de sa nomination par le décret du 18 juillet 2007 qui n'avait encore été retirée, elle a cessé ensuite *de jure* de l'être, en raison du décret du 16 novembre 2007 rapportant sa nomination, avant de redevenir *de jure*, à la suite de l'annulation pour excès de pouvoir que vous prononcerez de ce retrait.

Or, dès l'instant où les auditeurs de justice deviennent magistrats, le régime disciplinaire qui leur est applicable est défini exclusivement par l'ordonnance organique du 22 décembre 1958. Faute de figurer parmi la gamme de sanctions susceptibles d'être infligés à un magistrat qui sont limitativement énumérées à l'article 45 de l'ordonnance, les sanctions prévues par le décret du 4 mai 1972, applicables aux seuls auditeurs de justice, ne peuvent pas être infligées à des magistrats à raison de leur ancienne qualité d'auditeur ou même de leur qualité d'ancien élève de l'ENM. En outre, les règles de compétence et de procédure s'agissant des magistrats du parquet sont définies aux articles 58-1 à 66 de l'ordonnance organique.

Il s'ensuit que le ministre de la justice, n'a pu sans erreur de droit se fonder, ainsi qu'il a cru pouvoir le faire, sur la qualité d'auditeur de justice de la requérante pour procéder, le 11 octobre 2007, à son exclusion définitive de l'ENM et pour mettre fin, le 13 octobre 2007, à ses fonctions d'auditeur de justice. Vous annulerez ces deux décisions.

Dès lors que Mme T... a obtenu le bénéfice de l'aide juridictionnelle, son avocat peut se prévaloir des dispositions des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991. L'Etat succombant, dans la présente instance, vous le condamnerez à verser une somme de 3 000 euros sous réserve que la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, renonce à percevoir la somme correspondant à la part contributive de l'Etat.

Tel est le sens de nos conclusions sur la présente affaire.