

N° 442932  
M. D... et autres

N° 448772  
M. P...

10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 29 novembre 2021  
Lecture du 14 décembre 2021

## CONCLUSIONS

**M. Arnaud SKZRYERBAK, Rapporteur public**

« Mémoire, histoire : loin d'être des synonymes, nous prenons conscience que tout les oppose. La mémoire est la vie, toujours portée par des groupes vivants et à ce titre, elle est en évolution permanente, ouverte à la dialectique du souvenir et de l'amnésie, inconsciente de ses déformations successives, vulnérable à toutes les utilisations et manipulations, susceptibles de longues latences et de soudaines revitalisations. L'histoire est la reconstruction toujours problématique et incomplète de ce qui n'est plus [...] [une] opération intellectuelle et laïcisante [qui] appelle analyse et discours critique ». C'est ainsi que Pierre Nora<sup>1</sup> introduit les Lieux de mémoire, ouvrage qu'il a dirigé et qui analyse les ressorts de la mémoire collective et le rôle que peuvent jouer les historiens dans sa formation et dans son étude. Mais la mémoire n'est pas laissée aux historiens. Elle est, aujourd'hui plus que jamais, une question politique.

A l'approche du soixantième anniversaire des accords d'Evian, le Président de la République a demandé à M. Benjamin S..., professeur émérite des universités, un rapport sur les questions mémorielles soulevées par la colonisation et par la guerre d'Algérie. La lettre de mission du 24 juillet 2020 inscrivait cette demande dans une volonté de réconciliation des mémoires française et algérienne. Elle invitait Benjamin S... à dresser un état des lieux de ce qui a été accompli en France sur la mémoire de la colonisation et de la guerre d'Algérie et sur la perception qui en est retenue de part et d'autre des deux rives de la Méditerranée et à formuler des recommandations sur les gestes à effectuer et les actions à engager, en France comme vis-à-vis de l'Algérie, pour avancer sur le travail de mémoire et de réconciliation.

---

<sup>1</sup> Auteur des Français d'Algérie, essai paru en mars 1961 et rédigé au retour de deux années d'enseignement à Oran.

L'association Génération Harkis et son président, M. DA..., vous demandent d'annuler cette lettre de mission. Ils vous ont déjà saisis, en vain, de deux requêtes, l'une visant le « plan d'action en faveur des harkis », l'autre dirigée contre le rapport du groupe de travail présidé par M. Ceaux intitulé « Aux harkis, la France reconnaissante » et remis le 17 juillet 2018 et contre les dispositions réglementaires prises à sa suite. Vous avez rejeté ces deux requêtes par des décisions du 4 octobre 2019<sup>2</sup>. Plusieurs personnes interviennent au soutien de cette troisième requête, sans que leur qualité - et donc leur intérêt à intervenir - soit toujours clairement indiquée.

Il n'est pas non plus évident de savoir ce qui a poussé M. P... à vous saisir lui aussi d'un recours contre la lettre de mission adressée à Benjamin S....

Vous pourrez quoiqu'il en soit rejeter sa requête et celle de l'association Génération Harkis comme étant dirigées contre un acte qui n'est pas susceptible d'excès de pouvoir.

Pour en arriver là, vous devrez d'abord régler deux questions de compétence.

En premier lieu, même si la mission confiée à Benjamin S... intéresse en partie les relations avec l'Algérie, la décision attaquée est détachable de la conduite des relations internationales et elle ne peut être regardée comme un acte de gouvernement qui échapperait à la compétence de la juridiction administrative.

En second lieu, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort des actes du Président de la République. Nous avons conscience que la généralité de cette affirmation n'a pas d'ancrage dans les textes puisque l'article R. 311-1 du code de justice administrative ne vous attribue, parmi ces actes, que les ordonnances et les décrets. Elle est en outre démentie par un précédent : vous avez admis implicitement que le tribunal administratif de Paris était compétent pour connaître de la décision du Président de la République de faire fleurir la tombe du maréchal Pétain<sup>3</sup>. Mais la ligne jurisprudentielle suivie depuis lors est de regarder comme relevant directement de votre prétoire les actes du Président de la République, qu'ils prennent ou non la forme d'un décret. Vous le jugez depuis longtemps et avec constance pour les nominations<sup>4</sup>. C'est également la solution que vous avez adoptée pour une décision attribuant une subvention à une commune<sup>5</sup>, ou encore pour la « charte de transparence relative au statut du conjoint du Chef de l'Etat »<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> n° 418521 et n° 426799

<sup>3</sup> CE, 27 novembre 2000, Association Comité Tous Frères, n° 188431, au recueil

<sup>4</sup> CE, 5 mai 1976, Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées, n° 96308, au recueil ; CE, 4 avril 2001, M. A..., n° 223135, aux tables ; CE, 24 septembre 2018, Association de défense des libertés constitutionnelles, n° 414118

<sup>5</sup> CE, 26 avril 2013, M. DO..., n° 358456, aux conclusions contraires d'E. Cortot-Boucher

<sup>6</sup> CE, 12 octobre 2018, M. B... et M. M..., n° 413644

Si vous vous estimiez incompétents pour connaître des requêtes en premier et dernier ressort, l'article R. 351-4 du code de justice administrative vous permettrait néanmoins de les rejeter comme manifestement irrecevables.

Car comme nous vous l'avons dit la décision de charger Benjamin S... de la rédaction d'un rapport ne nous semble pas faire grief.

Votre jurisprudence s'est déjà prononcée sur le cas où le rapport est achevé. Par une décision de section du 21 octobre 1988, Eglise de scientologie de Paris<sup>7</sup>, vous avez jugé que la décision du Premier Ministre de publier à la Documentation française, le rapport d'un parlementaire en mission était susceptible de recours pour excès de pouvoir. Vous avez précisé que les moyens mettant en cause le contenu du rapport étaient inopérants car le Premier ministre n'avait pas entendu se l'approprier. Dans ses conclusions, Olivier Van Ruymbeke indiquait que le rapport lui-même ne pouvait être attaqué. C'est ce que vous avez jugé à propos du rapport « Aux harkis, la France reconnaissante » que l'association requérante a contesté. Voyez également votre décision MM. W... du 24 juillet 2019<sup>8</sup>, de réunies celle-ci, jugeant qu'un rapport d'évaluation de deux thèses de doctorat controversées n'avait pas le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Qu'en est-il, en amont, de la commande d'un rapport ? Ecartons d'emblée la piste de la mesure préparatoire. Nous comprenons d'une décision C... du 6 mai 1988<sup>9</sup> que c'est ainsi que vous avez qualifié la décision d'inspecter un enseignant et le rapport établi à l'issue de son inspection, puisque vous avez indiqué que leur éventuelle irrégularité ne pouvait être invoquée qu'à l'appui de conclusions à fin d'annulation des mesures prises à l'égard de l'intéressé au vu du rapport. Mais à la différence d'une inspection, une mission confiée à une personnalité pour qu'elle étudie un sujet ne s'inscrit pas dans une procédure administrative prédéfinie. Même s'il est généralement demandé à leurs auteurs de formuler des propositions, les rapports administratifs entretiennent un lien plus distendu et incertain avec la prise de décision. Nous ne sommes pas en présence d'une mesure préparatoire.

Ce qui est en cause c'est le choix d'une autorité de solliciter un conseil. Vous êtes fréquemment saisis de textes créant des organismes consultatifs. Vous acceptez sans hésiter d'en connaître lorsqu'ils attribuent de manière permanente à un organisme une compétence sur un champ de l'action publique. Il en va ainsi même lorsque l'organisme n'est qu'une instance de réflexion et de proposition, voyez votre décision sur les recours contre le décret relatif au Conseil de la création artistique<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> n° 68638, au recueil

<sup>8</sup> n° 406927, aux tables

<sup>9</sup> n° 65630, aux tables

<sup>10</sup> 4 mai 2011, SYNDEAC, nos 338944 et 338945

Certains précédents anciens témoignent d'une plus grande hésitation de votre part en présence d'une consultation qui se traduit certes par un texte mais qui présente un caractère ponctuel. Une décision de 1948 qualifie de mesure d'ordre intérieur la création d'une commission chargée d'étudier et de proposer une décision sur certaines questions relatives au commissionnement en matière d'assurance<sup>11</sup>. Vous avez également jugé que le décret instituant le comité Vedel, chargé de donner un avis sur des propositions de révision de la Constitution et de formuler toutes les recommandations qu'il jugerait utiles pour adapter les institutions de la République, n'était pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>12</sup>. Le commissaire du gouvernement, Henri Toutée, y voyait une mesure d'ordre intérieur même s'il concluait en faveur de la recevabilité en raison de la forme prise par la décision, un décret.

Peut-être sous l'effet du mouvement de réduction du champ des mesures d'ordre intérieur, vous avez examiné au fond un recours pour excès de pouvoir contre la décision du Premier ministre de créer une commission administrative chargée de l'éclairer sur le bon fonctionnement du service public de la justice à la suite d'un jugement médiatisé en 2004<sup>13</sup>. Il est vrai qu'il s'agissait d'une commission d'enquête même si elle était dépourvue de pouvoir de contrainte<sup>14</sup>.

La circonstance que la mission consultative est confiée à une personne seule plutôt qu'à un organisme collégial nous paraît être sans incidence. A cet égard, le décret chargeant un parlementaire d'une mission temporaire est susceptible de recours car c'est le « premier acte de l'exécution d'une mission administrative dont [le] parlementaire se trouve temporairement investi » (Section, 25 septembre 1998, ME..., n°195499, au recueil). Il faut dire que cet acte a des conséquences sur la situation juridique du parlementaire : il conduit à déroger à l'incompatibilité de l'exercice du mandat avec des fonctions publiques non électives<sup>15</sup> et il permet aux parlementaires de déléguer son vote<sup>16</sup>. En outre, au-delà de six mois, le parlementaire est remplacé par son suppléant.

A l'inverse, la décision de confier un rapport à une personnalité extérieure à l'administration n'a pas d'effets juridiques, ou de manière très marginale si l'on pense à l'ouverture d'un droit à la prise en charge de frais de mission ou à une éventuelle indemnisation. Il pourrait en aller autrement si les modalités pratiques retenues permettaient d'identifier une prestation de services ou une collaboration assimilable à un emploi de

---

<sup>11</sup> Section, 9 juillet 1948, Syndicat national des courtiers d'assurances et autres, p. 315

<sup>12</sup> CE, 3 décembre 1993, Syndicat des justiciables, BI... et X..., n° 144777, au recueil

<sup>13</sup> Section, 25 février 2005, Syndicat de la magistrature, n° 265482, au recueil

<sup>14</sup> pour une enquête administrative plus classique : 9 septembre 1991, Ministre des affaires sociales c/ ARC, n° 121833, aux tables

<sup>15</sup> Art. LO 142 du code électoral

<sup>16</sup> Ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 portant loi organique autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote

conseiller de cabinet ou encore si la mission conduisait à confier à l'intéressé des responsabilités officielles. Rien de tel en l'espèce. En particulier, contrairement à ce que soutient M. P..., la lettre de mission ne charge pas Benjamin S... de représenter la France auprès de l'Algérie pour ce qui concerne les questions mémorielles.

Vous pourriez néanmoins la regarder comme une décision susceptible de recours si elle faisait grief puisque vous ne vous arrêtez plus à l'absence de modification de l'ordonnancement juridique et vous acceptez désormais très libéralement de fonder l'ouverture du recours contre un acte sur ses effets concrets sur les tiers<sup>17</sup>.

Nous n'en voyons à vrai dire aucun. On peut être en désaccord avec le principe même de la mission, avec l'orientation qui lui est donnée ou avec le choix de la personne à qui elle a été confiée. Mais il ne suffit pas qu'une décision provoque des mécontentements pour qu'elle fasse grief. Il faut qu'elle affecte des intérêts. Malgré sa portée symbolique forte, cela ne nous semble pas être le cas de la décision de mener une réflexion sur la mémoire de la colonisation et de la guerre d'Algérie et nous doutons d'ailleurs de l'intérêt pour agir des requérants, si vous deviez admettre qu'un recours est possible.

Nous peinons en outre à voir ce que vous pourriez contrôler de cette décision qui est largement discrétionnaire. Ainsi, s'agissant des parlementaires en mission, votre décision Mégret se contente d'examiner un éventuel détournement de pouvoir et nous ne pensons pas que vous contrôleriez le choix de confier une mission au parlementaire ou les termes de la mission<sup>18</sup>.

Vous accueillerez donc la fin de non-recevoir soulevée par le Premier ministre dont nous précisons, même si cela nous paraît sans incidence, qu'il était recevable à défendre dans une instance visant un acte du Président de la République, contrairement à ce que soutient l'association requérante.

Cette dernière vous a saisis de nouvelles conclusions à fin d'annulation dirigées cette fois contre le rapport lui-même et, en réponse au moyen d'ordre public lui indiquant qu'une telle demande est irrecevable, elle invoque votre jurisprudence GISTI du 12 juin 2020<sup>19</sup>. Mais celle-ci porte sur les recommandations émanant des autorités publiques et non sur les recommandations qui sont faites aux autorités publiques.

---

<sup>17</sup> CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société NC Numericable, n° 390023, p. 88 ; CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, n°s 368082 368083 368084, p. 76, pour les actes de droit souple ; CE, Section, 12 juin 2020, Groupe d'Information et de Soutien des Immigré.e.s (GISTI), n° 418142, au Recueil, pour les lignes directrices.

<sup>18</sup> qui ne sont d'ailleurs généralement pas connus puisqu'ils font l'objet d'une lettre qui n'est pas publiée

<sup>19</sup> Section, n° 418142, au recueil

**PCMNC au rejet des requêtes.**