

N° 470577 – M. O...
N° 477513 – M. O...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 29 janvier 2024
Décision du 16 février 2024

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Confessons-le d'emblée : nous trouvons qu'il y a quelque chose de choquant à ce que le général Franco, dictateur criminel, ait pu, jusqu'à sa mort, arborer les distinctions d'officier puis de commandeur de la Légion d'honneur, distinctions qui lui avaient été accordées par des décrets des 26 février 1928 et 26 octobre 1930, alors qu'il était directeur de l'académie générale militaire d'Espagne. Nous comprenons donc fort bien que M. O... soit indigné. Celui-ci, ancien consul honoraire d'Espagne en France, est en effet issu d'une famille républicaine durement touchée par la répression franquiste : son père, condamné à mort par un tribunal militaire, a fui en France d'où il a ensuite été déporté ; sa mère et son frère aîné ont subi des tortures auxquelles son frère n'a pas survécu. M. O... sait donc mieux que nous – et c'est la raison de son combat – que le général Franco, au regard de l'histoire, n'était pas digne de porter « *la plus élevée des distinctions nationales* »¹ de notre pays. Mais vous n'êtes pas chargés de dire l'histoire, vous êtes chargés de rendre la justice. Et, quelle que soit la dimension mémorielle des recours dont vous êtes saisis, vous n'avez, pour y répondre, d'autres outils que les lois et règlements qui constituent le cadre du litige, et d'autre méthode que la cohérence jurisprudentielle. C'est dans cet état d'esprit que nous allons vous proposer d'examiner les deux affaires qui viennent d'être appelées.

Dans la première, sous le n° 470577, est en cause la demande adressée par M. O... le 6 avril 2016 au grand chancelier de la Légion d'honneur aux fins que celui-ci, en application des dispositions de l'article R. 135-2 du code de la Légion d'honneur et de la Médaille militaire², propose au Président de la République de retirer au général Franco ses distinctions.

¹ Pour reprendre la définition de la Légion d'honneur que donne l'article R. 1 du code de la Légion d'honneur, de la Médaille militaire et de l'ordre national du Mérite

² Le code de Légion d'honneur et de la Médaille militaire est ensuite devenu le code de la Légion d'honneur, de la Médaille militaire et de l'ordre national du Mérite par l'effet du décret n° 2018-1007 du 21 novembre 2018

Cette demande ayant été rejetée par une décision du 12 avril 2016, confirmée par le rejet de son recours gracieux le 28 novembre 2016, M. O... a saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande tendant à l'annulation de ces deux décisions, assortie de conclusions à fin d'injonction de réexamen de sa demande. Par un jugement du 16 février 2018, le tribunal a rejeté les conclusions de M. O.... Celui-ci a alors relevé appel mais, par un arrêt du 18 novembre 2022, la CAA de Paris a jugé qu'il n'y avait plus lieu de statuer compte tenu de l'intervention, en cours d'instance d'appel, du décret du 21 novembre 2018³, décret qui a inséré dans le code de la Légion d'honneur, de la Médaille militaire et de l'ordre national du Mérite un nouvel article R. 135-6 ainsi rédigé : « *Aucune action en retrait ne peut être poursuivie ou engagée contre une personne décédée* ». C'est contre cet arrêt que M. O... s'est pourvu en cassation

Parallèlement, il a demandé à la Première ministre d'abroger cet article R. 135-6. Et, sous le second numéro appelé (n°477513), il vous demande d'annuler le rejet implicite de sa demande d'abrogation, né le 25 juillet 2023.

Votre compétence pour connaître de cette requête, dirigée contre un refus d'abroger des dispositions réglementaires issues d'un décret, est évidente. En revanche, la question de la compétence de la juridiction administrative dans la première affaire mérite que l'on s'arrête un instant. On peut en effet sérieusement s'interroger sur le point de savoir si le refus du grand chancelier de la Légion d'Honneur de proposer au président de la République de retirer les distinctions remises à Franco n'entre pas dans le champ des actes de Gouvernement.

Il est vrai, ainsi que le rappelle le président Genevois dans un récent article⁴, que la possibilité de contester les décisions relatives à la Légion d'honneur s'est considérablement élargie depuis la création de l'ordre : si, à l'origine, tout recours contentieux contre ces décisions était écarté en application de la théorie des actes de gouvernement (CE, 22 février 1838, *G...*, p. 116), cette approche systématique a été abandonnée dès le milieu du XIX^e siècle (CE, 2 juin 1859, *X...*, p. 400). Et vous jugez ainsi, par exemple, que les refus de nomination ou de promotion dans l'ordre de la Légion d'honneur constituent des décisions susceptibles de recours pour excès de pouvoir (voyez par exemple CE, 10 décembre 1986, *L...*, n° 78376, T. pp. 516-675 sur un autre point).

Mais, dans ce domaine, les actes de Gouvernement n'ont pas entièrement disparu pour autant. Nous pensons en particulier, comme l'indiquait le président Genevois dans un autre article⁵,

modifiant le code de la Légion d'honneur et de la Médaille militaire. Nous nous y référerons souvent par la suite, par souci de concision et malgré l'approximation, comme au « code de la Légion d'honneur »

³ Décret n° 2018-1007 du 21 novembre 2018 modifiant le code de la Légion d'honneur et de la Médaille militaire

⁴ B. Genevois, *L'attribution de la Légion d'honneur : un encadrement juridique méconnu*, AJDA 2018, p. 441

⁵ B. Genevois, *La discipline de la Légion d'honneur : un régime juridique trop discret ?*, RFDA 2020, p. 27

que « le réalisme incite à rattacher le [régime] des décorations pour convenance diplomatique aux relations d'État à État, et par là même à la théorie des actes de gouvernement ». Depuis le décret du 21 novembre 2018, en effet, le deuxième alinéa de l'article R. 131 du code institue une procédure dérogatoire d'attribution de la Légion d'honneur aux chefs d'Etat et de Gouvernement et aux membres de Gouvernement étrangers, ainsi qu'à leurs collaborateurs et aux membres du corps diplomatique. Et, en miroir, l'article R. 135-5 prévoit un régime dérogatoire de retrait des décorations remises sur ce fondement, régime qui est entièrement à la main du Président de la République, grand maître de l'ordre, sans que celui-ci soit tenu par aucune condition de fond ou de procédure.

Toutefois, en l'espèce, le général Franco avait été décoré plusieurs années avant de devenir chef d'Etat et, logiquement, la demande de M. O... n'est donc pas fondée sur les dispositions dérogatoires relatives au retrait des décorations pour convenance diplomatique, dispositions qui auraient été inapplicables, mais sur les dispositions de l'article R. 135-2 du code, qui constituent le droit commun du retrait de la distinction de la Légion d'honneur à un ressortissant étranger, quel qu'il soit. Ces dispositions diffèrent notamment de celles de l'article R. 135-5 en ce qu'elles organisent une procédure contradictoire préalable au retrait et en ce qu'elles ne confèrent pas un pouvoir discrétionnaire au grand maître de l'ordre mais subordonnent la faculté de retrait à des critères. Elles semblent donc laisser place à un contrôle du juge. Ajoutons que si la remise d'une décoration à un dirigeant étranger, de même que son retrait, est à l'évidence indissociable de la conduite des relations diplomatiques de la France, tel n'est pas le cas lorsqu'est en cause un ressortissant étranger qui n'occupe pas de fonctions dirigeantes ou diplomatiques. Pour le dire simplement, donc, nous pensons que remettre et retirer la Légion d'honneur à un chef d'Etat étranger ou à un ancien chef d'Etat étranger, dans le cadre du régime qui leur est spécifique, constitue un acte de Gouvernement, mais que remettre ou retirer la Légion d'honneur à un étranger dans le cadre du droit commun ne l'est en revanche pas.

Reste que le cas d'espèce est, d'une certaine façon, un cas limite : certes le général Franco n'a pas été décoré en tant que chef d'Etat, et il n'entre donc pas dans le champ du régime dérogatoire, mais pour autant, il est bien, ensuite, devenu chef d'Etat. Retirer la légion d'honneur à un chef d'Etat ou ancien chef d'Etat, même si c'est dans le cadre du droit commun, ne devrait-il pas être regardé, par exception à la *summa divisio* que nous venons de tracer, comme un acte de Gouvernement ?

L'hésitation est permise mais vous avez répondu à cette question par la négative dans une décision *Association Reporters sans frontières* du 2 mars 2007 (n° 298261), décision par laquelle vous avez rejeté comme irrecevable un recours dirigé contre la décision par laquelle Vladimir Poutine, président de la Fédération de Russie, avait été élevé à la dignité de grand-croix, reconnaissant ainsi, implicitement mais nécessairement, votre compétence⁶. Il est vrai

que cette décision, inédite, n'a été rendue qu'en formation de sous-section jugeant seule et que la solution qu'elle retient a été critiquée⁷. Mais il n'en reste pas moins que cette décision existe et que vous pouvez vous y référer, faute de mieux. Surtout, s'il est sans doute permis, malgré ce précédent, de continuer à douter de la compétence de la juridiction administrative pour connaître du retrait de sa légion d'honneur à un chef d'Etat étranger en exercice, quand bien même ce retrait s'inscrirait dans la procédure de droit commun, il faut rappeler que le général Franco est mort il y a près de cinquante ans. Dans ces conditions, et même si la mémoire du franquisme reste un sujet brûlant en Espagne, nous pensons que le lien éventuel entre le retrait des décorations du *caudillo* et les relations diplomatiques de la France est, en tout état de cause, devenu suffisamment ténu pour que vous puissiez admettre aujourd'hui, comme le tribunal et la cour l'ont fait, de connaître de l'action engagée par M. O....

Si vous nous suivez pour admettre votre compétence, il nous reste, avant d'examiner les moyens de M. O..., à vous dire quelques mots des questions de recevabilité. Nous ne nous attarderons pas sur la recevabilité du recours en excès de pouvoir contre le refus d'abroger l'article R. 135-6 issu du décret du 21 novembre 2018 : elle n'est pas contestée en défense et, compte tenu de l'effet qu'a eu cet article sur la réponse apportée par la cour à l'appel de M. O..., il nous semble que vous pourrez reconnaître à ce dernier un intérêt à agir. Les questions sont plus délicates dans l'autre affaire. Dans celle-ci, l'Ordre national de la Légion d'honneur avait soulevé, devant les juges du fond, deux fins de non-recevoir et il réitère la première d'entre elles à hauteur de cassation, en contestant l'intérêt à agir de M. O....

A l'appui de cette fin de non-recevoir, l'Ordre soutient notamment – nous citons ses écritures – qu'à supposer avérées les persécutions de la famille de M. O..., celui-ci ne peut se prévaloir d'aucun intérêt personnel et spécial alors qu'« *il n'a pas personnellement subi les faits qu'il dénonce* » et que « *les faits qu'il invoque n'ont pas de lien direct avec la personne du général Franco* », dont il n'est pas soutenu qu'il « *aurait personnellement ordonné les sévices subis par des membres de sa famille* ». Nous ne sommes guère convaincus par cette argumentation, dont la maladresse confine à l'indécence et qui semble nier le sort subi par les membres de la famille O... – alors qu'il est attesté par les pièces du dossier – et semble aussi minimiser les actes du général Franco avant même la mise en place du régime qui portera son nom.

Plus sérieux est l'argument, avancé lui aussi en défense, selon lequel M. O... n'est pas lui-même membre de l'Ordre de la Légion d'honneur. Vous vous montrez en effet

⁶ A l'époque, le régime dérogatoire que nous avons détaillé n'existait pas encore et c'est donc dans le cadre de droit commun applicable à tous les étrangers que Vladimir Poutine a été décoré

⁷ Dans son article précité *L'attribution de la Légion d'honneur : un encadrement juridique méconnu*, le président Genevois regrette d'ailleurs les motifs de cette décision en estimant qu'« *une incompétence du juge administratif au titre de la théorie des actes de gouvernement aurait pu être retenue* ». Et, dans ses conclusions sur les présentes affaires, notre collègue au pupitre de la CAA expliquait « *pein[er] à comprendre la justification* » de cette décision de 2007.

particulièrement restrictif quant à l'intérêt à agir de tiers pour contester des décisions relatives à la Légion d'Honneur. Vous avez ainsi refusé d'admettre la recevabilité des recours de la Ligue française des droits de l'animal contre la nomination d'un torero, d'un employeur contre la nomination d'un ex-employé, ou encore – nous en avons déjà parlé – de l'association « Reporters sans frontières » contre la distinction accordée à Vladimir Poutine (voyez respectivement CE, 23 mars 1998, *Ligue française des droits de l'animal*, n° 179611, T. pp. 892-1079 ; CE, 10 novembre 2004, *Chambre régionale de commerce et d'industrie Centre*, n° 263588, T. pp. 686-804 ; CE, 2 mars 2007, *Association Reporters sans frontières*, n° 298261, inédite). Cette jurisprudence, relevait François Seners⁸, « *semble fortement inspirée par l'idée que les intérêts collectifs défendus par une personne morale ne donnent pas à celle-ci qualité pour contester une décision individuelle de distinction honorifique* ».

Ces éléments ne suffisent toutefois pas à emporter la conviction dès lors qu'au cas d'espèce, le recours n'est pas formé par une personne morale et compte tenu des circonstances particulières que fait valoir M. O.... Nous pensons pourtant, pour une raison plus radicale, qu'il y avait bien matière à douter sérieusement de l'intérêt à agir de M. O... devant les juges du fond.

En effet, il est vrai que vous admettez l'intérêt à agir d'un tiers contre le refus de prendre une sanction administrative non disciplinaire, notamment lorsqu'il émane d'une autorité administrative indépendante chargée de missions de régulation (CE, 28 mars 1997, *S...*, n° 182912, p. 119 ; CE, Section, 30 novembre 2007, *T... et autres*, n° 293952, p. 459). Mais, au contraire, en contentieux disciplinaire, les tiers, fussent-ils victimes des agissements du fautif, n'ont pas intérêt à agir – il en va ainsi d'un professeur mécontent de la clémence du proviseur envers un élève de sa classe (CE, Section, 10 juillet 1995, *Mme L...*, n° 141654, p. 302) ou du refus de sanction d'un magistrat (CE, 25 mars 1994, *GG...*, n° 123644, inédite).

Or le retrait de la Légion d'honneur constitue bel et bien une sanction disciplinaire, ainsi qu'en témoigne l'intitulé du Titre V du livre I^{er} du code⁹. Du moins tel est le cas lorsqu'est en cause un ressortissant français, auquel cas le retrait de la distinction prend la forme d'une exclusion de l'ordre. En ce qui concerne les étrangers, nous reconnaissons que la nature d'une décision de retrait est moins claire puisque, si les étrangers peuvent être décorés, ils ne sont pas reçus dans la Légion d'honneur de sorte que seuls les citoyens français sont membres de l'ordre¹⁰. On pourrait donc penser, comme le professeur Hochmann¹¹, que « *cette différence*

⁸ Dans ses conclusions sur l'affaire *Chambre régionale de commerce et d'industrie Centre*

⁹ Notons d'ailleurs que, dès 1890, Léon Aucoc n'envisageait pas autrement le retrait de cette décoration, dans son ouvrage *La discipline de la Légion d'honneur et le contrôle des nominations*

¹⁰ Voyez ainsi l'article R. 16 du code « *Nul ne peut être reçu dans la Légion d'honneur s'il n'est Français* » ainsi que l'article R. 128 : « (...) *les étrangers bénéficiaires de ces distinctions ne sont pas reçus dans l'ordre* »

¹¹ Thomas Hochmann, *Peut-on retirer la Légion d'honneur à Franco ?* (AJDA 2018, p. 798). Il s'agit d'un commentaire du jugement rendu par le TA dans la présente affaire, affaire que le Pr Hochmann a suivie d'autant plus près qu'il est intervenu à l'instance aux côtés de M. O...

n'est pas sans conséquence à l'égard du retrait de la Légion d'honneur » dans la mesure où les étrangers « ne sauraient être exclus d'un ordre auquel ils n'appartiennent pas » et où « l'étranger se trouve, à cet égard, dans une situation similaire à celle du Français nommé mais non encore reçu dans l'ordre, à l'encontre duquel la procédure disciplinaire n'est pas applicable (voyez, en ce sens, les conclusions du commissaire du gouvernement Laurent sur l'arrêt CE, 14 mai 1954, C..., Lebon 270) ».

Quoiqu'il en soit, il nous semble que vous n'auriez à vous prononcer sur ces questions que si vous cassiez l'arrêt attaqué et régliez l'affaire au fond. En effet, tant le TA que la cour ont statué sans qu'il leur soit besoin d'examiner cette fin de non-recevoir. Et, à hauteur de cassation, il n'y a aucun doute sur la recevabilité du pourvoi de M. O... qui, dès lors qu'il n'avait pas conclu au non-lieu devant la cour, a bien intérêt à se pourvoir contre l'arrêt prononçant ce non-lieu (CE, 20 décembre 2011, *Association foncière de remembrement du Pavillon-Sainte-Julie*, n° 321586, T. p. 1107).

Ceci étant posé, commençons, si vous le voulez bien, par examiner le pourvoi de M. O....

Son premier moyen ne vous retiendra pas. Contrairement à ce que soutient M. O..., le mémoire en défense de l'Ordre national de la Légion d'honneur enregistré le 4 décembre 2018 au greffe de la cour a bien été communiqué le 28 septembre 2022 à son avocat, lequel a d'ailleurs fait référence à cette communication dans ses observations enregistrées le 13 octobre 2022. Cette communication a certes été tardive, comme le fait valoir M. O..., mais le délai de 20 jours qui la séparait de l'audience était suffisant. La cour n'a donc pas méconnu le principe du contradictoire.

Le deuxième moyen du pourvoi est en revanche beaucoup plus substantiel. En des termes assez vifs, M. O... reproche à la cour d'avoir commis une erreur de droit en faisant application de votre jurisprudence d'Assemblée *Américains accidentels* (CE, Assemblée, 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216, 424217, p. 296) pour en conclure qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur ses conclusions. Il fait valoir qu'il appartenait au contraire à la cour de rechercher si la seule annulation de la décision qu'il contestait n'était pas de nature à produire des effets réels et substantiels, quand bien même ils seraient essentiellement moraux, au regard de l'intérêt dont il se prévalait et du but qu'il poursuivait.

Il n'est pas besoin de vous présenter votre décision *Américains accidentels* qui, participant de ce qu'il est convenu d'appeler l'approche dynamique de la légalité, a profondément renouvelé l'office du juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision de refus d'abroger un acte réglementaire. C'est bien dans le sillage de cette jurisprudence que la cour s'est inscrite en jugeant que « *L'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus du grand chancelier de la Légion d'honneur de proposer au Président de la République de retirer à un étranger la distinction de la Légion d'honneur qui lui a été accordée réside dans*

la seule possibilité de mettre en œuvre, après un nouvel examen de la demande ordonnée en application de l'article L. 911-2 du code de justice administrative, la procédure prévue par les dispositions (...) de l'article R. 135-2 du code de la Légion d'honneur, de la médaille militaire et de l'ordre national du Mérite ».

Il existe certes des différences entre l'hypothèse originelle de la décision *Américains accidentels* et la présente affaire. Mais aucune de ces différences ne nous semble de nature à remettre en cause l'application au cas d'espèce de la logique *Américains accidentels*.

En premier lieu, si M. O... n'a pas demandé l'abrogation des décrets attribuant les décorations à Franco mais que soit proposé le retrait de ces décorations, dans le cadre de la procédure prévue par l'article R. 135-2 du code de la Légion d'honneur, il nous semble que ces deux demandes sont en réalité équivalentes. Nous pensons en effet que le retrait de la Légion d'honneur n'est pas le retrait de la décision de nomination dans l'ordre mais doit plutôt s'analyser comme une abrogation de celle-ci¹². A cet égard, rappelons qu'un décret portant nomination ou promotion dans l'ordre de la Légion d'honneur est un acte créant des droits dès sa signature en ce qu'il donne vocation à l'intéressé à être reçu dans l'ordre (CE, Assemblée, 14 mai 1954, C..., p. 270 ; CE, Section, 24 février 1967, D..., n° 66245, p. 91). Un tel acte ne peut donc être rapporté que s'il est entaché d'illégalité, dans le délai applicable au retrait des actes créateurs de droit (dans le cas contraire, le retrait est illégal ainsi que vous l'avez jugé dans votre décision CE, 4 mai 1956, *Touche*, T. p. 665). Ajoutons que la dimension créatrice de droit de la décoration se renforce après réception puisqu'elle emporte, pour les militaires, le droit à un traitement¹³, et, pour tous les légionnaires, la possibilité de voir leurs les filles, petites-filles et arrière-petites-filles admises dans une maison d'éducation de la Légion d'honneur¹⁴. Un retrait de la Légion d'honneur ne saurait donc avoir de caractère rétroactif, il constitue plutôt, à nos yeux, l'abrogation d'un acte créateur de droit, laquelle est possible, sans condition de délai, lorsque le maintien de cet acte est subordonné à une condition qui n'est plus remplie¹⁵. Et tel est bien le cas lorsque l'étranger répond aux critères posés par l'article R. 135-2, c'est-à-dire qu'il « *a commis des actes ou eu un comportement susceptibles d'être déclarés contraires à l'honneur ou de nature à nuire aux intérêts de la France à l'étranger ou aux causes qu'elle soutient dans le monde* ».

En deuxième lieu, il est incontestable qu'un décret de nomination ou de promotion dans l'ordre de la Légion d'honneur n'a pas la nature d'un acte réglementaire mais d'un acte individuel (CE, Section, 24 février 1967, D..., n° 66245, p. 91). Mais, si elle a été conçue initialement à propos du refus d'abroger un acte réglementaire, la jurisprudence *Américains accidentels* a été depuis considérablement étendue. Vous l'avez ainsi décliné au refus

¹² Nous rejoignons ici l'analyse précitée du Pr Hochmann

¹³ Article R. 77 du code de la Légion d'honneur, de la Médaille militaire et de l'ordre national du Mérite

¹⁴ Article R. 121 du code de la Légion d'honneur, de la Médaille militaire et de l'ordre national du Mérite

¹⁵ Article L. 242-2 du code des relations entre le public et l'administration

d'abroger un acte non réglementaire, qu'il s'agisse d'un décret d'extradition (CE, 10 juin 2020, *M. Z...*, n° 435348, p. 171), d'un acte de droit souple (CE, 23 décembre 2020, *Association autisme espoir vers l'école*, n° 428284, p. 514) ou d'un document de portée générale au sens de votre jurisprudence *Gisti*¹⁶ (CE, 19 décembre 2022, *U...*, n° 461923, p. 428). Et, plus largement, vous appliquez désormais la logique *Américains accidentels* dans quasiment tous les contentieux relatifs à des refus de l'administration de prendre une mesure, à l'exception du cas très particulier du refus de procéder à la constatation d'une contravention de grande voirie (CE, 31 mars 2023, *Association de protection de la plage de Boisvinet et son environnement*, n° 470216, à publier au Recueil). C'est ainsi, notamment, que vous avez fait entrer dans le champ de la jurisprudence *Américains accidentels* bon nombre de refus de prendre une décision individuelle. Citons notamment le refus de la CNIL de mettre l'exploitant d'un moteur de recherche en demeure de déréférencer des liens (CE, 6 décembre 2019, *Mme X*, n° 391000, T. pp. 750-946), le refus de consultation anticipée d'archives publiques du ministre de la culture (CE Assemblée, 12 juin 2020, *M. GG...*, n° 422327, 431026, p. 213), le refus de communication de documents administratifs (CE, 1^{er} mars 2021, *Mme H...*, n° 436654, T. pp. 687-782-868), le refus de l'ACPR de désigner auprès d'une banque un administrateur provisoire (CE, 25 mars 2021, *Société Interhold*, n° 438669, T. pp. 536-820-866-869), le refus de supprimer une mention dans un traitement de données (CE, 10 juin 2021, *M. BG...*, n° 431875, T. pp. 489-687-688-689-733-867-942), ou encore le refus de l'ARCEP de demander à des opérateurs la modification d'une convention de partage de réseaux mobiles (CE, 15 décembre 2021, *Société Bouygues Télécom et autre*, n° 448067, 448101, T. pp. 815-818-850-867). Dans ces conditions, nous ne voyons aucune raison de ne pas raisonner de la même façon pour le refus de proposer le retrait d'une décoration, décision dont l'annulation contentieuse n'est susceptible d'avoir un effet concret que par l'injonction qui pourra en découler.

Enfin, en troisième lieu, alors que tous les précédents que nous venons de citer font référence à l'article L. 911-1 du code de justice administrative (CJA), qui prévoit la possibilité pour le juge administratif de prescrire une mesure d'exécution dans un sens déterminé, M. O..., et, à sa suite, la cour, se sont placés sur le terrain de l'article L. 911-2 du même code, relatif, quant à lui, à la possibilité pour le juge d'enjoindre seulement le réexamen par l'administration de la demande qui lui était soumise. C'est sans doute parce qu'ils ont estimé que l'article R. 135-2 du code de la Légion d'honneur, qui dispose que la distinction remise à un étranger « peut être retirée » laissait une marge d'appréciation discrétionnaire à l'administration, de sorte qu'on ne pourrait que lui enjoindre un réexamen et non pas une mesure dans un sens déterminé. Nous pensons, pour notre part, que la logique *Américains accidentels* vaut en réalité quel que soit le terrain de l'injonction, et qu'elle peut donc tout à fait être transposée aux cas relevant de l'article L. 911-2 du CJA dès lors qu'un réexamen par l'administration, sur le fondement de cet article, doit la conduire à tenir compte des circonstances de droit et de fait prévalant à la

¹⁶ CE, Section, 12 juin 2020, *Groupe d'Information et de Soutien des Immigré.e.s (GISTI)*, n° 418142, p. 192.

date de sa nouvelle décision (CE, Section, 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, n°134766, p. 355). En tout état de cause, il nous semble que, si le juge estimait que les conditions fixées par l'article R. 135-2 du code de la Légion d'honneur étaient remplies, il pourrait bien, en application de l'article L. 911-1 du CJA, le cas échéant d'office, enjoindre au grand chancelier de proposer au grand maître de l'ordre de retirer la distinction, sans pour autant préempter la décision finale du grand maître. Si jamais vous vous refusiez à étendre votre jurisprudence *Américains accidentels* aux cas relevant de l'article L. 911-2 du CJA, vous pourriez donc néanmoins, à nos yeux, approuver la cour d'avoir raisonné dans le cadre de cette jurisprudence, le cas d'espèce se prêtant aussi bien à une injonction sur le fondement de l'article L. 911-1 que sur celui de l'article L. 911-2.

Au total, donc, la cour n'a pas, pensons-nous, commis d'erreur en se plaçant dans le cadre jurisprudentiel *Américains accidentels*. Nous croyons qu'elle ne s'est pas non plus trompée en lisant les nouvelles dispositions de l'article R. 135-6 du code de la Légion d'honneur issue du décret du 21 novembre 2018. Il est vrai que la rédaction de cet article peut surprendre en ce qu'elle fait référence à une « action en retrait », formule dont M. O... estime qu'elle vise spécifiquement les actions contentieuses. Mais nous pensons qu'il n'en est rien : l'interdiction posée par l'article R. 135-6 vaut non seulement pour les actions contentieuses mais aussi, d'abord, et surtout pour le retrait lui-même, qui s'assimile à une action disciplinaire, d'où l'usage de ce terme « action en retrait »¹⁷. Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de cet article, donc, il ne peut plus être procédé au retrait des décorations accordées à un défunt et l'Ordre de la Légion d'honneur ne peut que rejeter une demande de retrait qui, comme celle formée par M. O..., est dirigée contre un légionnaire décédé.

Enfin, nous pensons que la cour a eu raison de conclure au non-lieu après avoir relevé, d'une part, que l'effet utile de l'éventuelle annulation du refus opposé à M. O... résidait dans la mise en œuvre de la procédure de retrait de l'article R. 135-2, et, d'autre part, que le nouvel article R. 135-6 faisait désormais obstacle à ce qu'il soit enjoint au grand chancelier de mettre en œuvre cette procédure de retrait. Vous jugez en effet que le non-lieu doit être prononcé lorsqu'un litige ne pourrait plus donner lieu à aucune mesure d'exécution de la part de l'administration (CE, 30 décembre 2014, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 362496, T. p. 804). Et vous avez prolongé cette veine jurisprudentielle dans un cas où vous faisiez application de la jurisprudence *Américains accidentels*, en jugeant, par une décision particulièrement topique, qu'il n'y a plus lieu de statuer sur une demande tendant à l'annulation d'un refus de dérogation lorsqu'accorder cette dérogation est devenu

¹⁷ Quant à la formulation selon laquelle, en cas de décès de l'intéressé, l'action en retrait « ne peut être poursuivie ou engagée », elle ne témoigne pas d'une volonté de faire échec au recours de M. O... mais vise simplement à couvrir à la fois le cas où une procédure de retrait est engagée contre un légionnaire qui décède avant son aboutissement (l'action en retrait ne peut alors être poursuivie) et le cas où un légionnaire est décédé avant même le début de la procédure de retrait (l'action en retrait ne peut être engagée).

juridiquement impossible à la date à laquelle le juge statue (CE, 12 juillet 2021, *Association générale des producteurs de maïs*, n° 427387, T. p. 849).

Il peut certes exister des exceptions, dans lesquelles l'évolution du droit applicable ne rend pas sans objet les conclusions du requérant. Vous avez ainsi jugé, par exemple, qu'il n'y avait pas non-lieu lorsque l'effet utile de l'annulation de décisions refusant le bénéfice d'un dispositif dérogatoire d'accès à la fonction publique conduirait en réalité l'administration à réexaminer si l'intéressé remplissait les conditions pour un tel accès dérogatoire sur le fondement des dispositions en vigueur à la date de ces décisions, nonobstant la circonstance que la loi plus récente a fermé ce dispositif dérogatoire (CE, 28 avril 2023, *Ministre de la culture c/ Mme A...*, n° 454797, à mentionner aux Tables). Mais ce dernier cas relève des exceptions au principe selon lequel l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision implique normalement que l'administration réexamine la situation au regard des circonstances de droit et de fait à la date de son nouvel examen, exceptions qu'on trouve essentiellement en contentieux de la fonction publique et qui sont fondées sur la nécessité de préserver des droits du requérant¹⁸. Or il n'y a rien de tel en l'espèce et nous ne voyons donc rien qui aurait justifié que la cour s'abstienne de prononcer un non-lieu.

Ajoutons que le prononcé d'un non-lieu à statuer ne peut dépendre de l'intérêt dont le requérant se prévaut et du but qu'il poursuit, comme le soutiennent M. O... et certains commentateurs de l'arrêt attaqué¹⁹. Comme vous le savez, lorsque les conditions du non-lieu sont réunies, le juge n'a d'autre choix que de le prononcer à peine d'irrégularité de sa décision (CE, 9 juillet 1980, *SARL « le Comptoir méditerranéen des viandes »*, n° 10405, T. pp. 660-664-840-844-853 ; CE, 10 mai 1985, *Fédération nationale agroalimentaire et forestière CGT*, n° 45191, 45567, T. pp. 499-735-797).

A ce stade et avant de vous proposer - vous l'avez compris - d'écarter le moyen, il nous faut d'ailleurs relever qu'en réalité, ce que M. O... et ces commentateurs critiquent, c'est, fondamentalement, le principe même de la jurisprudence *Association des Américains accidentels* et la conception de « l'effet utile » sur laquelle elle repose. Ils insistent ainsi sur la portée « morale » ou « symbolique » du recours pour excès de pouvoir, en faisant valoir qu'au-delà de la satisfaction apportée à une demande et des effets juridiques qu'une annulation peut avoir, ce recours permet au juge de dire « *si l'administration a ou non enfreint le droit* » ce qui, selon la professeure Broyelle, « *reste nécessaire au fonctionnement pacifié de l'Etat et à la confiance qu'il doit inspirer* »²⁰. Mais ce débat, beaucoup plus vaste que les affaires que vous examinez aujourd'hui, a justement été tranché par votre décision *Américains*

¹⁸ Pour plus de précisions, nous renvoyons au commentaire de cette décision *Ministre de la culture c/ Mme A...* par Alexis Gouin dans sa chronique *Une topographie des non-lieux*, AJDA, 23 octobre 2023

¹⁹ Voir notamment le commentaire très critique de l'arrêt attaqué par Camille Broyelle, *Ce que le requérant veut au fond*, AJDA 2023 p.1

²⁰ Nous citons là son commentaire de l'arrêt attaqué auquel nous avons déjà fait référence

accidentels, qui a résolument tourné le dos aux annulations dépourvues de tout effet concret, que plusieurs de nos prédécesseurs à ce pupitre qualifiaient donc de « platoniques ». Et cette jurisprudence *Américains accidentels* a certes pu susciter des réserves, y compris parfois entre les murs de cette maison²¹, mais, quoique vous en pensiez, il ne saurait de toute façon être question de la remettre en cause dans cette formation de jugement, qui plus est au bout de seulement 5 années.

Soulignons par ailleurs que nous inclinons à penser que l'application de la jurisprudence *Américains accidentels* et l'intervention, en cours d'instance d'appel, du décret du 21 novembre 2018 n'ont finalement pas changé grand-chose à l'issue du litige. Nous croyons en effet, comme le président Genevois dans son article précité, que le nouvel article R. 135-6 n'a qu'une portée recognitive et qu'il était déjà impossible, avant même son entrée en vigueur, de retirer sa Légion d'honneur à une personne décédée.

Ce qui nous détermine en ce sens n'est pas que le retrait de la Légion d'honneur doit être précédé d'une procédure contradictoire qu'il est, par construction, impossible de mettre en œuvre à l'égard d'un défunt. On pourrait en effet surmonter cet obstacle en mobilisant, pour procéder sans contradictoire au retrait posthume d'une décoration, la théorie des formalités impossibles²². Notre conviction ne s'appuie pas non plus sur l'idée que le fait qu'une personne soit décorée de la Légion d'honneur cesserait de produire tout effet au décès de cette personne. Cette idée – qu'on pourrait être tentée de déduire *a contrario* de l'article R. 50 du code, lequel dispose que « *les membres de l'ordre le demeurent à vie* » – nous semble en effet erronée ne serait-ce que parce que, comme nous vous l'avons dit, les filles, petites-filles et arrière-petites-filles des légionnaires jouissent de la possibilité d'être admises dans une maison d'éducation de la Légion d'honneur.

Si nous pensons que le retrait posthume de la Légion d'honneur était d'ores et déjà impossible dans le silence des textes, c'est parce que, comme l'écrivait le président Odent, « *les personnes qui ont cessé d'avoir la qualité en raison de laquelle elles étaient soumises au pouvoir disciplinaire cessent par la même d'être soumises à ce pouvoir* »²³ et que tel est notamment le cas d'un fonctionnaire décédé (CE, 23 mai 1947, *Dame veuve Mesmer*, p. 218). Il est vrai, toutefois, que cet argument, fort en ce qui concerne les ressortissants français, est plus fragile en ce qui concerne les étrangers, qui, comme nous vous l'avons dit, ne sont pas membres de l'Ordre de sorte que le caractère disciplinaire du retrait d'une distinction accordée à un étranger est incertain. Mais, à supposer même qu'un tel retrait ne revête pas un caractère disciplinaire, il n'en demeurerait pas moins une sanction. Or, de même que le décès

²¹ Voir par exemple C. Maverti et C. Beaufils, chronique AJDA 2019, p. 1986 ; ou encore B. Genevois, *A quelle date apprécier la légalité d'un acte administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir ?*, RFDA 2020, p. 467

²² Cette hypothèse est d'ailleurs défendue par le Pr Hochmann dans son article précité.

²³ R. Odent, *Contentieux administratif*, rééd. Dalloz 2007, t. II, p. 649.

du mis en cause éteint l'action publique en application de l'article 6 du code de procédure pénale, ne faudrait-il pas considérer qu'en principe, la répression administrative, disciplinaire ou non disciplinaire, s'éteint avec le décès de l'intéressé ? Et, à cet égard, nous ne sommes pas arrêtés par la circonstance que l'article R. 26 du code de la Légion d'honneur prévoit la possibilité de décerner la Légion d'honneur à titre posthume : il a fallu une disposition expresse pour consacrer cette possibilité – qui n'a d'ailleurs pas toujours existé au cours de l'histoire²⁴ – et nous ne voyons pas pourquoi il faudrait, par symétrie, en déduire que le retrait posthume existe sans texte.

Quoiqu'il en soit, et pour les raisons que nous vous avons exposées, nous pensons qu'il ne vous sera pas nécessaire de préciser ainsi l'état du droit antérieur au décret du 21 novembre 2018 et que vous pourrez, plus simplement, approuver la cour d'avoir conclu au non-lieu en faisant application de la jurisprudence *Américains accidentels*.

Nous serons plus brefs sur les autres moyens du pourvoi.

M. O... soutient tout d'abord que la cour aurait commis une erreur de droit en appliquant au litige les dispositions du décret du 21 novembre 2018 sans rechercher si, comme il le soutenait, l'adoption de ces dispositions ne procédait pas d'une manœuvre ayant pour unique objet de faire échec à sa requête, en méconnaissance du droit au recours, que vous avez consacré comme un principe général du droit, avant même qu'il ne soit reconnu comme garanti tant par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) que par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. M. O... étoffe ainsi l'argumentation qu'il avait développée devant la cour dans son mémoire en réponse au moyen d'ordre public tiré de l'application de ce décret, mémoire dans lequel il n'avait invoqué que la CEDH. Mais, nous ne pensons pas pour autant que le moyen soit nouveau en cassation en tant qu'il se place sur le terrain du droit national : outre qu'il s'agit toujours d'invoquer le droit au recours, il nous semble qu'on pourrait considérer ce moyen comme né de l'arrêt attaqué.

Mais ce moyen, quoiqu'opérant, nous semble infondé. Il serait certes naïf de penser que les auteurs du décret du 21 novembre 2018 ignoraient complètement que ce décret pouvait avoir des effets sur le litige engagé par M. O.... D'autant que, s'ils ne pouvaient anticiper la jurisprudence *Américains accidentels* et, plus encore, à son application à des décisions individuelles, qui sont postérieures de plusieurs mois à l'édiction de ce décret, une solution de non-lieu se serait en tout état de cause imposée aux conclusions à fin d'injonction, dès lors que le juge statuait sur ces conclusions, avant même la jurisprudence *Américains accidentels*, en fonction des circonstances de droit et de fait existant au jour de sa décision (CE, 4 juillet

²⁴ Comme le rappelle le Pr Hochmann : « Prévue explicitement pour la première fois par le décret du 1^{er} octobre 1918, l'attribution posthume de la Légion d'honneur a été supprimée par le décret du 28 novembre 1962 portant code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire, avant d'être rétablie par le décret n° 81-998 du 9 novembre 1981 »

1997, *LL...* n° 161105, p. 282 ; CE, 4 juillet 1997, *Epoux B...*, n° 156298, p. 278). Mais, pour autant, il nous semblerait exagéré de penser que ce décret du 21 novembre 2018 aurait été spécialement pris pour faire échec à l'action engagée par M. O.... Il est vrai que l'article 19 de ce décret a créé l'article R. 135-6 du code de la Légion d'honneur, qui interdit le retrait de la Légion d'honneur à un étranger décédé et sur lequel la cour s'est fondée. Mais, par son article 13, ce décret a aussi prévu, selon la même logique, l'impossibilité de retirer sa Légion d'honneur à un français décédé, en créant un nouvel article R. 97. Et, plus largement, il procédait à une réforme d'ampleur du code et comportait de nombreuses autres mesures, parmi lesquelles, d'ailleurs, des mesures qui viennent en quelque sorte équilibrer ces choix, comme la création du nouvel article R. 135-5, qui vient ouvrir une nouvelle possibilité de retirer leur distinction aux dirigeants et diplomates étrangers encore vivants.

Surtout, vous savez que le juge ne retient un détournement de pouvoir que dans l'hypothèse où, non seulement, l'administration a agi en recherchant un but étranger à l'intérêt général mais, surtout, où ce but étranger à l'intérêt général était déterminant (voyez par exemple CE, 7 décembre 1983, *Commune de Lauterbourg*, n° 28300, p. 491). Ainsi, alors même que l'un des mobiles d'un acte serait entaché de détournement de pouvoir, vous n'annulez pas cet acte dès lors qu'existent aussi des mobiles réguliers déterminants (CE, Section, 4 mai 1972, *Sieur F...*, p. 339). Or, au cas d'espèce, il nous semble que le décret, en interdisant le retrait posthume, a bel et bien poursuivi un but d'intérêt général : éviter d'importer au sein de la grande chancellerie de la Légion d'honneur et du prétoire du juge administratif des débats mémoriels. Il est sans doute imaginable de discuter, dans d'autres lieux, de l'opportunité politique de ce but d'intérêt général, mais force est de constater qu'il existe, d'autant que Franco n'est certainement pas la seule personnalité dont la décoration pourrait sembler critiquable *ex post*. Ajoutons que les dispositions du décret interdisant le retrait posthume nous semblent encore moins constitutives d'une manœuvre que nous pensons, nous vous l'avons dit, qu'elles n'ont fait qu'explicitier l'état du droit, sans rien y ajouter.

Par ailleurs, si M. O... se prévaut dans son pourvoi de votre jurisprudence *Dame W...* (CE, Assemblée, 17 février 1950, *Dame W...*, n° 86949, p. 110), la comparaison ne nous semble guère possible. Dans cet illustre précédent, en jugeant que le recours en excès de pouvoir était ouvert « *même sans texte contre tout acte administratif* », vous avez exclu que puisse y faire obstacle une loi qui avait soustrait à tout contrôle juridictionnel toute une catégorie de décisions individuelles défavorables. Mais il n'y a rien de tel en l'espèce. Les nouvelles dispositions introduites par le décret du 21 novembre 2018 n'interdisent par elles-mêmes aucun recours et n'ont d'effet sur le contrôle juridictionnel que par ricochet. Lorsque des dispositions législatives ou réglementaires posent une interdiction générale cela fait certes obstacle à ce qu'un tiers qui ferait naître une décision refusant de déroger à cette interdiction puisse contester efficacement ce refus, mais cela n'a pas pour effet de créer une zone de l'action administrative dans laquelle une violation de la légalité serait dépourvue de toute

sanction. Vous l'avez compris, donc, nous pensons que le décret du 21 novembre 2018, qui ne relève pas d'une manœuvre, ne porte pas atteinte au droit au recours.

Par son moyen suivant, M. O... fait valoir que la cour aurait omis de répondre à deux des moyens qu'il avait soulevés devant elle, tirés de ce que les décrets attribuant la Légion d'honneur à Franco étaient, d'une part, inexistants, d'autre part, caducs. Mais ce moyen ne saurait prospérer. Nous pensons, à la lecture de ses écritures d'appel, que M. O... n'avait pas soulevé de moyen relatif à la caducité de ces décrets, de sorte qu'il ne saurait reprocher à la cour de n'y avoir pas répondu. Quant au moyen relatif à l'inexistence des décrets, il avait bien été soulevé et la cour l'a d'ailleurs visé, mais, si elle n'y a pas répondu dans les motifs de son arrêt, c'est simplement parce qu'il n'y avait pas lieu d'y répondre, tout comme il n'y avait d'ailleurs lieu de répondre à aucun des moyens soulevés, compte tenu de ce que la cour estimait qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions dont elle était saisie.

Enfin, par son dernier moyen, M. O... redouble sa critique sous l'angle de l'erreur de droit, en reprochant à la cour d'avoir postulé que le seul effet utile de l'annulation de la décision qu'il attaquait était la possibilité d'obtenir la mise en œuvre d'une procédure de retrait de la décoration attribuée à Franco sans rechercher si l'annulation de cette décision ne devait pas être prononcée à raison de l'inexistence ou, subsidiairement, de la caducité des décrets attribuant cette décoration. La branche de ce moyen fondée sur la caducité est nouvelle en cassation puisque, comme nous venons de vous le dire, M. O... n'avait pas soutenu devant les juges du fond que les décrets attribuant la Légion d'honneur à Franco étaient devenus caducs. Mérite quelques mots supplémentaires l'autre branche du moyen, par laquelle M. O... soutient que lorsque des conclusions à fins d'annulation d'un acte perdent leur objet au motif qu'elles ont perdu leur effet utile au sens de la jurisprudence *Américains accidentels*, cela n'implique pas pour autant que des conclusions tendant à ce que cet acte soit déclaré inexistant perdent également leur objet. En substance, donc, M. O... vous explique qu'un recours en inexistence ne saurait jamais perdre son effet utile. Cette thèse soulève ainsi une intéressante question, mais que vous n'aurez, selon nous, pas à trancher puisqu'elle ne se pose en réalité pas dans le présent litige. M. O..., en effet, n'a pas intenté un recours en déclaration d'inexistence contre les décrets des 22 février 1928 et 26 octobre 1930 attribuant la Légion d'honneur à Franco, il a contesté une autre décision, le refus du grand chancelier, en 2016, de proposer au Président de la République de retirer ces distinctions. Et, dans ce cadre, il n'a pas formé de conclusions contre les décrets des 22 février 1928 et 26 octobre 1930, il a simplement soulevé un moyen tiré de l'inexistence de ces décrets au soutien de ses conclusions d'excès de pouvoir dirigées contre la seule décision du grand chancelier. Or, compte tenu du non-lieu qu'elle prononçait, la cour n'avait, comme nous vous l'avons dit, pas à se prononcer sur ce moyen, de sorte que la critique formulée à hauteur de cassation est inopérante.

Il est temps d'en venir au recours formé par M. O... contre le refus opposé par la Première ministre à sa demande d'abrogation des dispositions interdisant le retrait posthume. L'examen en sera rapide, compte tenu de ce que nous vous avons déjà dit à propos du pourvoi.

M. O... fait en effet valoir que l'article 19 du décret du 21 novembre 2018, qui a introduit ces dispositions, serait illégal à la fois « *par ses motifs* », en ce qu'il constituerait une immixtion dans l'instance juridictionnelle qu'il avait introduite afin d'en « *faire dévier le sort* », et « *par son contenu* », en ce que cet article 19 viendrait soustraire certaines décisions au contrôle du juge administratif.

Vous pourrez écarter ces deux moyens pour les raisons que nous vous avons déjà exposées. Comme nous vous l'avons dit, l'article 19 du décret du 21 novembre 2018 ne nous semble pas entaché de détournement de pouvoir. Il n'avait pas pour mobile déterminant de faire échec à l'action engagée par M. O... et poursuivait un but d'intérêt général consistant à éviter que des débats mémoriels ne soient portés devant l'ordre de la Légion d'honneur puis devant le juge administratif. Et les dispositions de l'article R. 135-6 du code de la Légion d'honneur issues de cet article 19 du décret, contrairement à ce que soutient M. O..., ne visent pas à interdire les actions contentieuses qui contesteraient un refus de retrait de décoration mais, en amont, à interdire le retrait posthume lui-même. Ce qui, comme nous vous l'avons, là encore, déjà dit, ne porte pas atteinte au droit au recours et n'est pas en délicatesse avec votre jurisprudence *Dame W...*

Dans ces conditions, les dispositions en cause n'étaient pas illégales, et la Première ministre n'était donc pas tenue de les abroger en application des principes dégagés par votre jurisprudence *Alitalia* (CE, Assemblée, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052, p. 44) et désormais codifiés au premier alinéa de l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration.

Et PCMNC au rejet du pourvoi et de la requête de M. O... ainsi qu'au rejet des conclusions présentées par l'Ordre national de la Légion d'honneur au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.