

Cour d'Appel d'Aix-en-Provence

Première Chambre C

Audience du 17 Septembre 2013, 08h15

MEMOIRE EN REPLIQUE PORTANT
QUESTION PRIORITAIRE DE
CONSTITUTIONNALITE

A

MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET
CONSEILLERS COMPOSANT LA COUR D'APPEL D'AIX-
EN-PROVENCE

DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 SUR
L'ORGANISATION DU CONSEIL D'ETAT

(en application des articles **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, **R. 126-1** et **suiuants** du Code de procédure civile)

présentée à l'occasion et à l'appui de l'appel interjeté le **04 Juin 2013** contre l'ordonnance de référé n°13/577 rendue le **03 Juin 2013** par Monsieur Vincent GORINI, Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille

et formulée ci-après, en pages **4-5/85** et **82-83/85** du présent acte, **écrit distinct et motivé**;

POUR :

1°) Monsieur Grégoire KRIKORIAN

de nationalité française, Commissaire Divisionnaire Honoraire de la Police Nationale,

2°) son épouse, Madame Suzanne KRIKORIAN née TATOYAN

de nationalité française, Professeur retraité,

.../...

3°) Monsieur Jean AGOPIAN

, de nationalité française, Médecin retraité,

4°) son épouse, **Madame Marie AFARIAN épouse AGOPIAN** , de nationalité française, retraitée,

5°) Monsieur Jean-Marie AGOPIAN

, de nationalité française, Médecin,

6°) Monsieur Gilbert BEGUIAN de nationalité française, Ingénieur retraité,

7°) Monsieur Zaven MANJIKIAN

de nationalité française, Ingénieur,

8°) Madame Dzovinar MELKONIAN

de nationalité française, Retraitée,

9°) Monsieur Jean JURAMY

de nationalité française, Gérant de Société,

10°) Monsieur Edouard BROUSSALIAN

de nationalité française, Médecin,

11°) Monsieur Jacques KURDJIAN

de nationalité française, Ingénieur,

12°) Monsieur Martiros SHAHBAZYAN

de nationalité française, Artisan-Bijoutier,

13°) Madame Violetta GAZAROSSIAN épouse AGAIAN

de nationalité française, Secrétaire,

14°) Monsieur Alex MONCLARD

15°) Monsieur Arménag – Thierry APRAHAMIAN
Professeur,

Appelants de l'ordonnance de référé du 03 Juin 2013 précitée,

Tous représentés par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat inscrit au Barreau de Marseille, adresse postale du Cabinet **BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20** - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76, Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – **Site Internet www.philippekrimorian-avocat.fr**

CONTRE :

L'ETAT pris en la personne de :

1°) MONSIEUR LE PREMIER MINISTRE domicilié Hôtel de Matignon – 57, Rue de Varenne 75700 PARIS, en sa qualité **d'autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République**, en vertu de l'article **39, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958;

2°) MONSIEUR LE PREFET DES BOUCHES-DU-RHONE, Préfet de la Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, domicilié Hôtel de la Préfecture, Boulevard Paul Peytral 13282 MARSEILLE CEDEX 20, en sa qualité de **représentant de l'Etat dans le département** ;

Représentés par **Maître Bruno LOMBARD**, Avocat au Barreau de Marseille

*

.../...

Formulation de la **Question prioritaire de constitutionnalité** (ci-après « **QPC** »):

« L'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 Sur l'organisation du Conseil d'Etat porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et notamment:

*- au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme consacré par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, ci-après « **DDH** »);*

*- au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 **DDH**;*

*- au droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité garanti par l'article 16 **DDH** et l'article 61-1 de la Constitution du 04 Octobre 1958;*

*- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 **DDH**;*

- à l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi;

*- au principe d'égalité garanti par l'article 6 **DDH** et l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958;*

*- au droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi consacré par l'article 6 **DDH**,*

*- au droit de résistance à l'oppression garanti par l'article 2 **DDH**,*

*- au droit de propriété dont la protection est assurée par l'article 17 **DDH**,*

- aux articles 88-1 et 88-2 de la Constitution du 04 Octobre 1958;

en ce qu'il:

1°) abolit de façon arbitraire tout contrôle juridictionnel concernant certaines mesures dits actes de gouvernement à la seule discrétion du pouvoir exécutif, alors même que ces actes peuvent gravement attenter aux droits fondamentaux;

2°) fait obstacle au contrôle de légalité du refus opposé par le Premier ministre d'un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi ayant pour objet la transposition en droit interne d'une décision-cadre ou d'une directive de l'Union européenne, alors même que cette transposition est notamment une obligation constitutionnelle;

3°) crée une discrimination dans la protection juridictionnelle que la décision-cadre du 28 Novembre 2008 a pour objet de procurer aux victimes de négationnisme, celui-ci s'entendant comme la négation ou la banalisation grossière publiques de génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, par essence imprescriptibles, selon que les auteurs de ces crimes auront été ou non jugés par une juridiction nationale ou internationale, dès lors que les victimes de crimes contre l'humanité dont les auteurs seront disparus et donc insusceptibles de poursuites, comme c'est le cas notamment du Génocide Arménien et de l'Esclavage, seront privées de la protection de la loi pénale? »

*

PLAISE A LA COUR

.../...

I-/ RAPPEL DES FAITS, DE LA PROCEDURE ET DU CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Seront, ici, exposées la **demande des requérants (I-A)**, puis, pour mémoire, la **problématique du Génocide Arménien** en rappelant son **contexte (I-B)**, avant de relater les différentes **actions juridictionnelles et quasi-juridictionnelles** entreprises notamment par **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** tendant à la **reconnaissance effective** de ce génocide (I-C), puis d'aborder la **situation actuelle nationale (I-D)**, dans laquelle s'inscrit le **comportement** en cause de l'Etat français nécessitant une **intervention législative (I-E)**, aujourd'hui spécialement commandée par la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 (I-F).

I-A/ LA DEMANDE DES REQUERANTS

Après **déclaration d'incompétence du Conseil d'Etat**, selon **arrêt n°350492** du 26 Novembre 2012, les requérants ont saisi du même litige **Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille** auquel, selon **assignation** signifiée les 19 et 20 Février 2013, respectivement à **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** et **Monsieur le Premier ministre** et enrôlée sous le n° **RG 13/1008**, ils demandent :

« Vu le **principe de prééminence du Droit**,

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958, notamment ses articles **10, 19, 39, 45, 52, 55, 88-1, 88-2, 88-5**

Vu la **Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, notamment ses articles **1er, 2, 4, 6, 15** et **16**,

Vu le **Préambule de la Constitution** du 27 Octobre 1946, notamment ses alinéas **1er** et **14**,

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

Vu la **Charte des Nations Unies** du 26 Juin 1945,

Vu le **Traité de Rome** du 25 Mars 1957 instituant la Communauté européenne, notamment ses articles **10, 149, 151**, ensemble le **Traité sur l'Union européenne** du 7 Février 1992, notamment ses articles **6** et **49** et le **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Vu l'article **267** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)**,

Vu la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, notamment ses articles **1er, 3, 6, 8, 13** et **14** ;

Vu le **Pacte International relatif aux droits civils et politiques** adopté par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 19 Décembre 1966, notamment ses articles **2, 3, 7, 14, 17** et **26** ;

.../...

Vu le **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Vu la **Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne** du 7 Décembre 2000, adaptée le 12 Décembre 2007 (JOUE 30 Mars 2010, C83/403),

Vu la **résolution A 2 - 33 / 87 du Parlement européen** du **18 Juin 1987** sur une solution politique de la question arménienne,

Vu la **décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil** du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (JOUE 06 Décembre 2008, L. 328/55),

Vu la **loi n°2001-70** du 29 Janvier 2001 relative à la **reconnaissance du génocide arménien de 1915**,

Vu les articles **L. 911-1, L. 911-3, R. 311-1, 1°, R. 421-1, R. 421-2 et R. 432-2** du Code de justice administrative,

Vu l'article **809** du Code de procédure civile,

Vu le Code des procédures civiles d'exécution,

Vu l'**arrêt n°350492** rendu le 26 Novembre 2012 par le **Conseil d'Etat** (**rejet de la requête** enregistrée le 30 Juin 2011 – **incompétence de la juridiction administrative**),

Vu la **voie de fait** résultant du défaut de transposition de la décision-cadre du 28/11/2008,

1°) SE RECONNAÎTRE COMPETENT,
2°) SURSEoir A STATUER,

AVANT DIRE DROIT,

3°) POSER à la **Cour de Justice de l'Union européenne** la **question préjudicielle de la validité de l'article 1er paragraphe 4** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, formulée de la façon suivante:

« L'article **1er, paragraphe 4** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal,

aux termes duquel '(...) *4. Tout Etat membre peut, lors de l'adoption de la présente décision-cadre ou ultérieurement, faire une déclaration aux termes de laquelle il ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés au paragraphe 1, points c) et/ou d), que si ces crimes ont été établis par une **décision définitive** rendue par une **juridiction nationale de cet Etat membre et/ou une juridiction internationale** ou par une **décision rendue par une juridiction internationale seulement.***'

est-il **valide** au regard du **droit de l'Union européenne** et notamment:

.../...

- du **JUS COGENS**;

- des articles **20** et **21** de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** proclamée à Strasbourg le 12 Décembre 2007 et entrée en vigueur le 1er Décembre 2009 (ayant, en vertu de l'article **6, paragraphe 1, premier alinéa** du TUE, la même valeur juridique que les traités);

- des articles **2, 3 paragraphe 3, deuxième alinéa** et **9 TUE**;

- des articles **8** et **10 TFUE**;

- de l'article **14** de la **Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)** - à laquelle l'Union européenne a adhéré par le **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007 (article **6 TUE**, paragraphes **2** et **3**) et l'**article 1er** du **Protocole n°12** à la **CEDH** signé le 04 Novembre 2000 et entré en vigueur le 1er Avril 2005, soit antérieurement à la décision-cadre du 28 Novembre 2008;

- de l'article **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966,

en tant que la disposition attaquée du Conseil de l'Union européenne **contrarie l'économie générale de la décision-cadre**, contrevient au **principe de sécurité juridique** et crée une **discrimination** dans la **protection juridictionnelle** que ladite décision-cadre a pour objet de procurer aux **victimes de négationnisme**, celui-ci s'entendant comme la **négation** ou la **banalisation grossière publiques de génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre**, par essence **imprescriptibles**, selon que les auteurs de ces crimes auront été ou non jugés par une juridiction nationale ou internationale, dès lors que les victimes de crimes contre l'humanité dont les **auteurs seront disparus** et donc **insusceptibles de poursuites**, comme c'est le cas notamment du **Génocide Arménien** et de l'**Esclavage**, seront privées de la protection de la loi pénale? »

4°) POSER à la Cour de Justice de l'Union européenne les questions préjudicielles de l'interprétation de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et du **droit primaire de l'Union européenne**, formulées de la façon suivante:

4-a°) « La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 3, 6 § 1, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 1er, 2, 3, 4, 5, 7, 20, 21 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale, telle que la Constitution française et plus spécialement l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 interprété par le Conseil constitutionnel comme faisant obligation à la loi d'être normative et comme retirant cette qualité à une loi ayant pour objet de reconnaître un crime de génocide (« qu'une disposition législative ayant pour objet de 'reconnaître' un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi; »), pour autant que cette pratique jurisprudentielle nationale a pour conséquence d'empêcher la transposition adéquate en droit interne de la décision-cadre susvisée, en excluant le Génocide Arménien de son champ d'application qui n'est pourtant pas défini en extension (dénotation), mais seulement en compréhension (connotation)? »;

.../...

4-b°) « Le droit à un juge impartial qui procède du droit à un procès équitable garanti notamment par l'article 6 § 1 CEDH et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une pratique jurisprudentielle telle celle du Conseil constitutionnel français consistant à publier sur son site internet officiel, avant de rendre sa décision, une prise de position sur la normativité des lois de reconnaissance des génocides, à l'instar de la loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative à la reconnaissance du Génocide Arménien de 1915, intitulée 'ABSENCE DE NORMATIVITE OU NORMATIVITE INCERTAINE DES DISPOSITIONS LEGISLATIVES'? »;

4-c°) « Les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une pratique jurisprudentielle, telle que la théorie des actes de gouvernement, sur le fondement de laquelle certains actes de l'exécutif national sont exclus du contrôle juridictionnel, au motif qu'ils touchent aux relations avec le Parlement ou à la conduite des relations diplomatiques de l'Etat, alors même que de tels actes sont susceptibles de violer les droits fondamentaux, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective? »;

APRES déclaration d'invalidité par la Cour de justice de l'Union européenne de l'article 1er, paragraphe 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal,

ET EN TOUT ETAT DE CAUSE,

5°) CONSTATER LA VOIE DE FAIT résultant du **refus persistant** opposé par **Monsieur le Premier Ministre de transposer** en Droit français la **Décision-Cadre 2008/913/JAI** arrêtée le 28 Novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, **à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4,**

en **rejetant** la **demande des requérants** formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 041 827 1877 7 en date du 27 Mai 2011, reçue le 30 Mai 2011 (pièce n°115),

sur le fondement des articles **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « **DDH** »), **39, alinéa 2** de la Constitution du 04 Octobre 1958 (ci-après « **la Constitution** »), **34, § 2, b** du Traité sur l'Union européenne du 07 Février 1992 (ci-après « **TUE ancien** » dans sa rédaction antérieure au **Traité de Lisbonne** du 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009) maintenu en vigueur par les articles **9** et **10** du **Protocole n°36** sur les dispositions transitoires annexé au Traité sur l'Union européenne (ci-après « **TUE** »), au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « **TFUE** ») et au Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (ci-après « **TCECA** »), dans leur rédaction issue du Traité de Lisbonne précité (**Titre VII, « Dispositions transitoires relatives aux actes adoptés sur la base des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne** »),

ayant pour objet le **dépôt d'un projet de loi** tendant à la **transposition** en Droit français de ladite **Décision-Cadre**, à l'**exclusion de son article 1er, paragraphe 4**,

le délai pour ce faire étant expiré depuis le 28 Novembre 2010;

6°) ENJOINDRE à **Monsieur le Premier ministre**, sous astreinte de **10 000,00 (DIX MILLE EUROS)** par jour de retard, de:

6-1°) RETIRER IRREVOCABLEMENT la « *Déclaration des autorités françaises au titre de l'article premier, paragraphe 4, de la décision-cadre* » du 28 Novembre 2008 aux termes de laquelle « *La France déclare, conformément à l'article 1er, paragraphe 4, qu'elle ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés au paragraphe 1, points c) et/ou d), que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction internationale.* »

6-2°) PRENDRE, dans le délai d'**un mois** à compter de l'arrêt à intervenir, **un décret de présentation au Parlement** d'un **projet de loi** tendant à la **transposition** en Droit français de la **Décision-Cadre 2008/913/JAI** arrêtée le 28 Novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, à l'**exclusion de son article 1er, paragraphe 4**,

texte dont il assurera le dépôt sur le bureau de **l'Assemblée Nationale**, après avoir demandé l'**avis** du **Conseil d'Etat** dans le cadre de la **procédure accélérée** (examen par la commission permanente), libellé dans son dispositif de la façon suivante ou de toute autre manière d'effet équivalent:

« Vu le principe de prééminence du Droit,

Vu le bloc de constitutionnalité, notamment la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, les articles 1er et 88-1 alinéa 1er de la Constitution du 4 Octobre 1958,

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

Vu le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966,

Vu le Traité sur l'Union européenne, notamment ses articles 29, 31 et son article 34, paragraphe 2, point b),

Vu le Traité de Lisbonne signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Vu la Résolution A 2 - 33 / 87 du Parlement Européen sur une solution politique de la question arménienne en date du 18 Juin 1987 (Journal Officiel des Communautés Européennes du 20/07/1987 N° C 190/ 119),

Vu la loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative à la reconnaissance du Génocide Arménien de 1915,

.../...

Vu la loi n°2001-434 du 21 Mai 2001 relative à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité,

*Vu la **Décision-Cadre 2008/913/JAI du 28 Novembre 2008** sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal,*

Article 1er

Le premier alinéa de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est rédigé ainsi qu'il suit:

*'Seront punis d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui auront **provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence** dans les conditions visées par le sixième alinéa de l'article 24 en **contestant**, par un des moyens énoncés à l'article 23, **l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité** tels qu'ils sont définis de façon non exclusive:*

1° par les articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale créée à Rome le 17 Juillet 1998,

2° par les articles 211-1 et 212-1 du Code pénal,

3° par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945,

*et qui auront été **établis** ou fait l'objet d'une **reconnaissance** par la loi, une **convention internationale** signée ou ratifiée par la France ou à laquelle celle-ci aura adhéré, une **institution communautaire ou internationale**, ou **qualifiés** comme tels par une **juridiction française**, par un **organe juridictionnel ou délibératif** de l'un des Etats membres de l'**Union européenne** ou de la **Confédération suisse**, ou par une décision étrangère rendue opposable ou exécutoire en France, ou qui auront été **commis** par une ou plusieurs personnes reconnues coupables de tels crimes par une **juridiction française ou internationale**, les critères sus-énoncés pouvant se cumuler.*

Article 2

Dans l'article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, après les mots : 'ou des déportés', sont insérés les mots : 'ou de toutes autres victimes'. »,

ou, subsidiairement, comme suit :

« (...)

Article 1er

Le premier alinéa de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est rédigé ainsi qu'il suit:

*'Seront punis d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui auront **provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence** dans les conditions visées par le sixième alinéa de l'article 24 en **contestant**, par un des moyens énoncés à l'article 23, **l'existence ou la qualification juridique d'un ou plusieurs génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre notoires** dont la liste chronologique suit :*

*- **Esclavage et Traite;***

*- **Génocide Arménien;***

*- **crimes** visés par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945.*

*Vaudra **contestation**, au sens du présent article, la **négation**, la **banalisation grossière** ou la **minimisation** desdits crimes, de même que l'usage de tout terme ou signe **dépréciatif ou dubitatif** pour les désigner, tel que « **soi-disant** », « **prétendu** », « **hypothétique** » ou « **supposé** ».*

Article 2

*Dans l'article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, après les mots : 'ou des déportés', sont insérés les mots : '**ou de toutes autres victimes**'. »;*

*

6-3°) FAIRE APPLICATION de l'article 45 alinéas 2 et 4 de la **Constitution** du 4 Octobre 1958 et, à ce titre, d'**engager la procédure accélérée** et de demander à l'**Assemblée Nationale** de statuer **définitivement**;

6-4°) COMMUNIQUER, conformément à l'article 10, **paragraphe 2** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, au **Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne** et à la **Commission** le texte de la loi transposant en droit français ladite décision-cadre, à l'**exclusion** de son article 1er, **paragraphe 4**;

7°) PRONONCER à l'encontre de l'**Etat** une **astreinte** de **10 000,00 € (DIX MILLE EUROS) par jour de retard** à compter de l'expiration du délai d'**un mois** susvisé et jusqu'à parfaite et complète exécution, s'il ne justifie pas dans ledit délai, avoir exécuté les obligations mises à sa charge par la décision à intervenir;

Vu l'article **700** du Code de procédure civile,

8°) CONDAMNER l'**Etat** pris en la personne de **Monsieur le Premier Ministre** à payer à **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** la somme de **20 000,00 € (VINGT MILLE EUROS)** avec intérêts au taux légal à compter du 27 Mai 2011, date de la demande adressée à Monsieur le Premier ministre, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;

.../...

9°) **CONDAMNER** l'Etat aux entiers dépens de l'instance, lesquels comprendront notamment les frais de signification, ainsi que la **contribution pour l'aide juridique** prévue par l'article **1635 bis Q** du Code général des impôts;

SUBSIDIAIREMENT, SUR LA COMPETENCE,

Vu l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** Régplant les formes de procéder du Tribunal des conflits,

10°) **RENOYER au Tribunal des conflits** le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée (**contrôle de la légalité du refus d'édicter un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi de transposition d'une décision-cadre**) et **surseoir à toute procédure** jusqu'à la décision de ce tribunal;

SOUS TOUTES RESERVES de tous autres éléments de droit ou de fait à produire ultérieurement par conclusions, mémoire complémentaire ou de tous autres recours. »

La présente **question prioritaire de constitutionnalité** présentée selon **mémoire distinct et motivé** déposé au Greffe des Référé le 07 Mars 2013, porte sur l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** Sur l'organisation du Conseil d'Etat (ci-après « **la loi du 24 Mai 1872** »), fondement historique des **déclinatoires de compétence** présentés au nom de l'Etat et des **déclarations d'incompétence du Conseil d'Etat** lorsqu'il se considère saisi d'un **acte dit de gouvernement**.

Appelée pour la première fois à l'audience du 15 Mars 2013, 08h30, l'affaire a été renvoyée à l'**audience spéciale** du 30 Avril 2013, 10h00 (présidence de **Monsieur Vincent GORINI**, Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille).

Ont été successivement communiquées à **Maître KRIKORIAN**, par le Greffe des référés du Tribunal de Grande Instance de Marseille, postérieurement à l'audience du 15 Mars 2013 :

- le 18 Mars 2013, les **conclusions** en date du 11 Mars 2013 par lesquelles **Monsieur le Procureur de la République** demande « à *Monsieur le Président du TGI de Marseille de refuser de transmettre à la Cour de Cassation la présente Question prioritaire de constitutionnalité* » ;

- le 20 Mars 2013, la **lettre** en date du 08 Mars 2013, reçue au secrétariat de la Présidence du Tribunal le 12 Mars 2013, par laquelle **Monsieur le Premier ministre** demande à **Monsieur le Président du Tribunal** de « *rejeter les demandes formulées en référé par Me Krikorian* » ;

- le 25 Mars 2013, la **deuxième lettre** en date du 18 Mars 2013, par laquelle **Monsieur le Premier ministre** demande à **Monsieur le Président du Tribunal** de dire « *qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872* » et de rejeter « *la demande relative à la décision de refus qui serait née de l'absence de réponse à la demande de dépôt d'un projet de loi.* » ;

.../...

- le 29 Avril 2013, soit la **veille** de l'audience spéciale des référés, la **lettre** en date du 15 Avril 2013, reçue au Greffe le jour même, par laquelle **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** conclut « *comme l'a fait le Premier ministre par lettre du 18 mars 2013, à ce que le juge des référés décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 et rejette la demande relative à la décision de refus qui serait née de l'absence de réponse à la demande de dépôt d'un projet de loi.* ».

Les concluants ont déposé, le 11 Avril 2013, au Greffe des référés du Tribunal de Grande Instance de Marseille, un **mémoire en réplique portant QPC** de l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 Sur l'organisation du Conseil d'Etat.

Dans les **conclusions** déposées par leur Avocat constitué le 26 Avril 2013, Monsieur le Premier ministre et Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône ont repris les mêmes moyens tendant à ce que le juge des référés **se déclare incompétent** et refuse de transmettre la QPC à la Cour de cassation.

Comme annoncé le 15 Mars 2013, l'affaire a été plaidée à l'**audience spéciale** qui s'est tenue le 30 Avril 2013, ouverte à 10h00 et levée à 12h15.

Vidant son délibéré le 03 Juin 2013, conformément à ce qui avait été annoncé à l'issue de l'audience des plaidoiries, le Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille a rendu l'ordonnance attaquée dont le dispositif et les motifs sont les suivants :

« Vu l'article 23-2 de l'ordonnance N°58-1067 du 7 novembre 1958,

Disons n'y avoir lieu de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité posée par les requérants.

Vu l'article 39 de la Constitution et l'article 809 du CPC,

Déclarons radicalement irrecevables les demandes présentées par les requérants à l'encontre de Monsieur le Premier Ministre, autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République.

Vu l'absence de voie de fait reprochable à Monsieur le Préfet des Bouches du Rhône,

Déclarons mal fondées les demandes des requérants présentées à l'encontre de Monsieur le Préfet des Bouches du Rhône en sa qualité de représentant (de) l'Etat dans le département.

Jugeons dès lors sans objet la question préjudicielle posée.

Laissons les dépens du référé à la charge des requérants.

(...) »

Le **dispositif** est éclairé par les **motifs** qui en sont le **soutien nécessaire** :

« (...) *Sur l'existence de la voie de fait alléguée*

*Attendu que si la motivation des requérants est en elle-même incontestablement digne de considération et si le travail accompli en leur nom par leur conseil a une non moins incontestable valeur intellectuelle, il n'en demeure pas moins que le juge judiciaire des référés du tribunal de grande instance de Marseille ne dispose d'une autorité légitime que dans le cadre d'un ordonnancement juridique bien précis qui procède de la Constitution du 4 octobre 1958 laquelle organise la séparation des pouvoirs, de telle sorte que **Monsieur le Premier Ministre**, en sa qualité d'autorité constitutionnelle détentrice du **pouvoir d'initiative des lois de la République** en vertu de l'article 39 alinéa 1er de la Constitution, **n'est pas soumis à un contrôle de l'autorité judiciaire dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir**, un tel contrôle n'étant pas prévu dans le cadre de la Constitution, (...) »*

Selon **mémoire distinct et motivé** transmis le 12 Juillet 2013 via le **RPVA**, les concluants ont contesté le refus de transmission à la **Cour de cassation** et ont posé, à nouveau, à la Cour de céans, à l'occasion et au soutien de l'appel, soutenu le même jour et par le même canal, dont elle est saisie depuis le 04 Juin 2013, la **QPC** de l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872. Sur l'organisation du Conseil d'Etat, que le premier juge, à tort, a refusé de transmettre à la **Cour de cassation**.

Monsieur le Premier ministre et **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** ont conclu le 13 Août 2013, quant à la **QPC**, puis le 03 Septembre 2013, quant aux autres moyens dont la Cour est saisie, à la **confirmation** de l'ordonnance querellée, alors même que celle-ci **a rejeté leur déclinatoire de compétence** présenté par conclusions communiquées le 26 Avril 2013.

Cependant, **n'hésitant pas à se contredire**, l'Etat persiste dans son moyen d'incompétence de la juridiction judiciaire en alléguant l'existence, en l'espèce, d'**un acte de gouvernement (conclusions d'intimés** communiquées le 03 Septembre 2013, § 1, p. 3).

Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN, ainsi que les treize autres requérants entendent, dès lors, répliquer, ici, aux écritures de l'Etat.

Ils estiment nécessaire, avant toute discussion, d'observer qu'ayant fait le choix, devant le juge des référés, comme en appel, de comparaître par Avocat, **l'Etat**, représenté en l'occurrence par **Monsieur le Premier ministre** et **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** est tenu, dans la formalisation de ses écritures, spécialement devant les juridictions, à l'égard des requérants, eux-mêmes représentés par un membre du Barreau, au respect de la **déontologie des Avocats**, notamment des **principes de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie**, tels que rappelés par l'article **3, alinéa 2** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

Or, des expressions utilisées par les deux autorités de l'Etat susmentionnées, dans leurs « *conclusions d'intimés* » communiquées le 03 Septembre 2013, telles « *confusion écrite extrême* » (page **2/4**), « *autant qu'on puisse le comprendre* » (page **2/4** in fine), comme dans leurs « *conclusions d'intimés sur la QPC* » communiquées le 13 Août 2013 (« *l'absence totale de synthèse juridique de la question soulevée, la façon confuse dont elle est exprimée au travers d'un mémoire de 80 pages qui manque de clarté et de rigueur, démontre son peu de sérieux* », page **3/3**) qui mettent en cause les **qualités intellectuelles des requérants et/ou de leur Avocat**, auteur des écritures présentées pour eux à la Cour dont cependant le Premier juge avait reconnu qu'ils présentaient une motivation « *en elle-même incontestablement digne de considération* », soutenue par « *le travail accompli en leur nom par leur conseil* (lequel) *a une non moins incontestable valeur intellectuelle* », ne sont, à l'évidence, **pas compatibles avec les exigences déontologiques susmentionnées**.

L'**acrimonie** à l'égard des requérants dont fait, ainsi, montre l'Etat dans ses écritures dissimule mal la **faiblesse de son argumentation**, se bornant à alléguer, sans prouver.

A ce jour, **Monsieur le Procureur général**, qui a reçu communication de la QPC, n'a pas fait connaître son avis, à cet égard.

II-/ DISCUSSION

Ni le **bien-fondé (II-B)** de la présente **question prioritaire de constitutionnalité**, ni sa **recevabilité**, ni même la **compétence (II-A)** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** pour en connaître ne sont sérieusement contestables.

II-A/ LA COMPETENCE DE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE POUR STATUER SUR LA TRANSMISSION A LA COUR DE CASSATION, AUX FINS DE RENVOI ULTERIEUR AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DE LA PRESENTE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE PARFAITEMENT RECEVABLE ET QUI A CONSERVE SON ENTIER OBJET

Celle-ci n'est pas sérieusement contestable, contrairement à ce qu'a soutenu, en première instance, dans un *obiter dictum*, **Monsieur le Procureur de la République**, in fine de ses conclusions du 11 Mars 2013, et **Monsieur le Premier ministre** dans ses lettres en date des 08 et 18 Mars 2013, qu'il s'agisse de la **compétence territoriale (II-A-1)**, ou de la **compétence matérielle (II-A-2)**.

II-A-1/ LA COMPETENCE TERRITORIALE DU JUGE DES REFERES DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE MARSEILLE

Elle est la conséquence directe de l'application de l'article **42, alinéa 2** du Code de procédure civile (CPC) aux termes duquel :

« S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux. »

Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône, co-défendeur, demeurant à **Marseille**, le **Tribunal de Grande Instance de Marseille** était évidemment compétent pour connaître de la demande en référé portée devant lui par **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** et les treize autres requérants.

C'est dire que l'exception soulevée incidemment par **Monsieur le Procureur de la République** qui prétend que *« l'incompétence 'ratione loci' »* du **Tribunal de Grande Instance de Marseille** serait *« manifeste »*, est :

- d'une part, **irrecevable** en application tant de l'article **74** CPC dès lors qu'elle n'est pas *« soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir »*, que de l'article **75** du même Code en tant que le Ministère public ne fait pas *« connaître (...) devant quelle juridiction (il) demande que l'affaire soit portée. »*;

.../...

- d'autre part, **infondée** dès lors qu'elle fait totalement abstraction de la présence, comme défendeur, de **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône**, « *en sa qualité de représentant de l'Etat dans le département* », au même titre que **Monsieur le Premier ministre** a été assigné, « *en sa qualité d'autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République, en vertu de l'article 39, alinéa 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958* », ainsi que le formule expressément l'**assignation** (page **3/319**) signifiée à ces deux **autorités de l'Etat** respectivement les 19 et 20 Février 2013, pour l'audience des référés du 15 Mars 2013.

En outre, la compétence territoriale du **Tribunal de Grande Instance de Marseille** est confirmée par l'article **46** CPC dont l'application aux faits de l'espèce n'est pas moins pertinente, lequel dispose :

« *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :*

(...)

- *en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi; (...)* ».

La **Cour de cassation** juge, dans cet ordre d'idées, au visa de l'article **46, alinéa 3** CPC précité, qu' « *en matière délictuelle le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi.* », ce texte donnant compétence territoriale pour connaître de **l'entier litige** à la juridiction dans le ressort de laquelle le dommage s'est révélé, **même partiellement** (**Cass. 2° Civ., 11 Juin 1997, Sté Jarm's c/ Sté TAR et a., n°J 95-16.580**).

De même, est **territorialement compétent** le tribunal de commerce dans le ressort duquel le **dommage avait été subi**, soit au **lieu où s'exerçait l'activité de l'entreprise demanderesse** avant sa cessation à la suite de difficultés financières qu'elle impute à la société défenderesse (**Cass. 2° Civ., 06 Octobre 2005, SA La Brosse et Dupont c/ M. Jacky DAGUIN, n°E 03-20.187**).

Or, il n'est pas sérieusement contestable – et, au demeurant, pas contesté par les défendeurs ni par Monsieur le Procureur de la République – que les demandes des requérants fondées sur l'article **809** CPC se rapportent à un **litige en matière délictuelle**, comme tendant à :

- « *faire cesser un trouble manifestement illicite* », en l'occurrence **l'absence fautive de transposition en droit interne de la décision-cadre** du 28 Novembre 2008;

- faire « *ordonner l'exécution de l'obligation (...) de faire* », savoir faire délivrer à Monsieur le Premier ministre **injonction de déposer un projet de loi de transposition** de ladite décision-cadre, dès lors que sa transposition procède d'une **double obligation constitutionnelle** (art. **88-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) et du **droit de l'Union européenne**.

Il est évident, dès lors, que tant le **fait dommageable**, c'est dire la **faute extra-contractuelle de l'Etat** consistant à refuser de transposer la décision-cadre, que le **dommage** qui résulte, pour les requérants de cette abstention volontaire fautive, se situent sur **tout le territoire national** et plus particulièrement à :

- **BOUC-BEL-AIR** (13320);
- **MARSEILLE** (13004, 13008, 13001, 13011);
- **MONTFAVET** (84140);
- **ENSUES-LA-REDONNE** (13820);
- **PARIS** (75008);
- **PERPIGNAN** (66000);
- **AIX-EN-PROVENCE** (13090);
- **ANNECY** (74000);
- **PERTUIS** (84120);
- **LES ADRETS DE L'ESTEREL** (83160),

lieux où demeurent les demandeurs et où le **dommage a été subi** (**absence de protection juridictionnelle contre le négationnisme** résultant du **refus de transposer la décision-cadre** du 28 Novembre 2008).

La compétence territoriale de Monsieur le Président du **Tribunal de Grande Instance de Marseille** – et, aujourd'hui, celle de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** -, dès lors, pas sérieusement contestable.

Sa **compétence matérielle** ne l'est pas davantage.

II-A-2/ LA COMPETENCE MATERIELLE DU JUGE DES REFERES DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE MARSEILLE ET, AUJOURD'HUI, DE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE, POUR STATUER SUR LA TRANSMISSION A LA COUR DE CASSATION DE LA PRESENTE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE PARFAITEMENT RECEVABLE

Il convient, ici, à titre liminaire, de renvoyer principalement aux développements consignés dans **l'assignation** des 19-20 Février 2013 (§ **II-A**, pages **73/319** à **186/319**, spécialement § **II-A-4**, pages **177/319** à **186/319**) dont il ressort que le juge des référés judiciaire est **parfaitement compétent** pour prendre les mesures qui lui sont demandées, sur le fondement de l'article **809** CPC, aux fins de **faire cesser la voie de fait imputable à l'Etat (refus de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008)** .

Il s'en déduit, d'une part, que **Monsieur le Premier ministre** est **irrecevable** à soulever l'incompétence du juge judiciaire des référés sur le fondement de la **théorie des actes de gouvernement (II-A-2-a)** .

De deuxième part, **cette théorie est insusceptible de paralyser la compétence du juge judiciaire des référés (II-A-2-b)** .

De troisième part, il existe, en l'espèce, une **compétence concurrente** des deux ordres de juridiction judiciaire et administratif, dès lors que **la voie de fait résulte d'une décision (II-A-2-c)** .

Subsidiairement, la désignation de l'ordre juridictionnel compétent relèverait du seul **Tribunal des conflits** auquel la question de la compétence devrait être renvoyée en application de l'article **34** du **décret** du 26 Octobre 1849 réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits (**II-A-2-d**) .

II-A-2-a/ L'IRRECEVABILITE DU MOYEN TIRE DE L'INCOMPETENCE DU JUGE JUDICIAIRE DES REFERES AU MOTIF QUE LE REFUS DE TRANSPOSER LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008 SERAIT UN ACTE DE GOUVERNEMENT

Cette **fin de non-recevoir** s'impose d'elle-même tant en application de l'article 6 de l'**ordonnance** du 1er Juin 1828 sur les conflits d'attribution que de l'article 75 CPC (1), de même qu'en considération de ce :

- que tout moyen qui tend à priver une partie de son droit à un **recours juridictionnel effectif** (art. 16 DDH) est **irrecevable** (2);

- qu'est **irrecevable** en ses prétentions la partie qui s'adresse à un juge dépourvu des pouvoirs qu'il lui demande d'exercer (3).

- qu'en concluant à la **confirmation** par la Cour d'Appel de l'ordonnance entreprise qui a **rejeté son déclinatoire de compétence, l'Etat renonce implicitement, mais nécessairement à son moyen d'incompétence tiré de l'acte de gouvernement** (4).

1/ Le déclinatoire de compétence de **Monsieur le Premier ministre** méconnaît les dispositions des articles 6 de l'**ordonnance** du 1er Juin 1828 sur les conflits d'attribution et 75 CPC qui disposent respectivement :

Art. 6 de l'ordonnance du 1er Juin 1828 sur les conflits d'attribution :

*« Lorsqu'un **préfet** estimera que la connaissance d'une question portée devant un **tribunal de première instance** est attribuée par une disposition législative à l'**autorité administrative**, il pourra, alors même que l'Administration ne serait pas en cause, **demandeur le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente**. A cet effet, le **préfet** adressera au **procureur du Roi** un **mémoire** dans lequel sera rapportée la disposition législative qui attribue à l'Administration la connaissance du litige.*

*Le **procureur du Roi** fera connaître, dans tous les cas, au **tribunal**, la demande formée par le **préfet**, et requerra le renvoi, si la revendication lui paraît fondée. »*

A cet égard, le **Tribunal des conflits** a eu l'occasion de juger que *« l'article 6 de l'ordonnance des 1er-11 juin 1828 confie au seul **préfet**, et à Paris au **préfet de police** pour les affaires placées dans ses attributions, le pouvoir d'adresser au **procureur de la République** le **déclinatoire de compétence** ouvrant la **procédure d'élévation du conflit positif**; que, dès lors, le **déclinatoire de compétence** établi, signé et adressé le 22 décembre 2002 au **procureur général** près la cour d'appel de Paris par le **ministre de l'intérieur**, de la sécurité intérieure et des libertés locales, **n'a pas valablement engagé la procédure de conflit**;*

*Article 1er : L'arrêté de conflit pris le 16 mai 2003 par le **préfet de police** est **annulé**.*

(...) »

(TC, 22 Mars 2004, **Conflit positif, M. LE SOURD et SOCIETE BRISTOL MYERS SQUIBB – BMS – c/ ministre de l'intérieur**, n°3398).

On en déduit, aisément que **Monsieur le Premier ministre n'a pas qualité** à présenter un **déclinatoire de compétence**, attribution qui a été confiée par l'article 6 de l'ordonnance du 1er Juin 1828 au **seul préfet du département**, qui, en l'occurrence, ne s'est manifesté d'aucune manière.

Le déclinatoire de compétence du 08 Mars 2013, réitéré le 18 Mars 2013 de **Monsieur le Premier ministre** est, partant, entaché d'**irrecevabilité**, en application de l'article 122 CPC, pour **défaut de qualité à agir** du Chef du Gouvernement.

En outre, aux termes de l'article 75 CPC :

« S'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée. »

Or, ni dans sa lettre en date du 08 Mars 2013, ni dans aucun autre écrit, **Monsieur le Premier ministre** n'a indiqué quelle juridiction serait, selon lui, compétente pour connaître des demandes des requérants.

De plus, la formule « **dans tous les cas** » confirme qu'**aucune exception** n'est faite à l'obligation du défendeur de désigner la juridiction qu'il estime compétente, notamment pour les actes que l'Administration considère – à tort - être des actes de gouvernement.

L'exception d'incompétence est, partant, de ce chef, **irrecevable**.

2/ De deuxième part, en prétendant, dans sa lettre du 08 Mars 2013, que le refus de transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 devait être rangé dans la catégorie des **actes de gouvernement**, échappant prétendument, de la sorte, à **tout contrôle juridictionnel**, Monsieur le Premier ministre contrevient à l'article 16 DDH dès lors que son moyen d'incompétence tend à priver les requérants de la **protection juridictionnelle effective** que leur doit l'Etat.

3/ De troisième part, la notion d'**acte de gouvernement** appartient au vocabulaire du juge administratif et n'a aucune signification pour le juge judiciaire tenu par les prescriptions des articles 75 à 77 CPC (incompétence soulevée par les parties) et 92 à 94 CPC (incompétence relevée d'office par le juge).

Il est significatif, à ce propos, de relever que la jurisprudence ne fournit **aucun exemple d'abdication de sa compétence** par le juge judiciaire au motif d'acte de gouvernement.

Ainsi, dans les célèbres affaires pour lesquelles le juge du conflit saisi par arrêté de conflit du **Préfet**, a conclu, en définitive à l'absence d'ordre juridictionnel compétent, le **juge judiciaire** s'était, quant à lui, déclaré **parfaitement compétent** en considération de ce que :

.../...

- « *les tribunaux ordinaires sont exclusivement compétents pour statuer sur les questions de propriété, de validité de contrats et de prescription* » (jugement du Tribunal de première instance de la Seine du 23 Avril 1852 et CE, 18 Juin 1852, Héritiers d'Orléans, Rec. 1852, p. 252);

- ou « *sans même avoir à rechercher l'origine de ces actes et à en apprécier l'opportunité et les raisons, l'autorité judiciaire est compétente, en tant que gardienne de la propriété privée et des libertés individuelle et commerciale, pour constater l'exécution par la force, c'est-à-dire la voie de fait, les actes de brouillage étant 'manifestement insusceptibles de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire', et que cela suffit pour justifier la compétence judiciaire* » (CA Paris, référés, 24 Mai 1949, Gaz. Pal. 1949, 2e sem. p. 140; TC, 02 Février 1950, Radiodiffusion française c. Société de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion 'Radio Andorre', Rec. 1950, p. 652).

Le déclinatoire de compétence de **Monsieur le Premier ministre** fondé sur l'**acte de gouvernement** est, donc, **irrecevable** en tant qu'il s'adresse à un juge dépourvu des pouvoirs pour y faire droit.

4/ De quatrième part, l'Etat a renoncé implicitement, mais nécessairement à son moyen d'incompétence tiré de l'existence prétendue d'un acte de gouvernement

Il est constant, à ce propos, que **Monsieur le Premier ministre**, comme **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** ont demandé au juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Marseille de se déclarer **incompétent**, en alléguant l'existence, en l'espèce, d'un **acte de gouvernement**.

Ainsi, dans sa **lettre** du 08 Mars 2013 adressée à Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille (*pièce n°156*), le Chef du Gouvernement indique :

« (...) *Il n'en résulte pas que la juridiction judiciaire serait compétente pour en connaître. Comme le relève l'analyse de cette décision par le Conseil d'Etat, celui-ci a estimé que l'acte attaqué se rattachait à la catégorie des actes de gouvernement qui échappent à la compétence des deux ordres de juridiction. (...)* »

Ce **moyen d'incompétence** a été repris dans les **conclusions en défense** de l'Etat (page **2/3** – *pièce n°159*), devant le juge des référés de première instance, communiquées le 26 Avril 2013 :

« (...) *Il n'en résulte pas pour autant que la juridiction judiciaire soit compétente pour en connaître puisque le Conseil d'Etat a estimé que l'acte attaqué se rattachait à la catégorie des actes de gouvernement qui échappe à la compétence des deux ordres de juridiction. (...)* »,

comme dans la **lettre** de **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** en date du 15 Avril 2013 (*pièce n°158*), communiquée à l'Avocat des requérants le 29 Avril 2013, soit la veille de l'audience :

« (...) **Il n'en résulte pas que la juridiction judiciaire serait compétente pour en connaître. Comme le relève l'analyse de cette décision par le Conseil d'Etat, celui-ci a estimé que l'acte attaqué se rattachait à la catégorie des actes de gouvernement, qui échappent à la compétence des deux ordres de juridiction. (...)** »

Il est également acquis aux débats que l'ordonnance de référé querellée du 03 Juin 2013 (pièce n°162) a **rejeté le moyen d'incompétence** soulevé par l'Etat dès lors que le juge des référés y a énoncé, dans ses motifs consacrés à la **question prioritaire de constitutionnalité** « *qu'elle est portée devant une **juridiction compétente** pour l'examiner* ».

On déduit aisément de ce qui précède qu'en demandant à la Cour, dans leurs **conclusions d'intimés** communiquées le 03 Septembre 2013 de « **confirmer l'ordonnance du 3 juin 2013 en toutes ses dispositions** », **Monsieur le Premier ministre** et **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** ont implicitement, mais nécessairement **renoncé à leur moyen d'incompétence de la juridiction judiciaire**, motif pris de l'existence prétendue d'un **acte de gouvernement**.

L'Etat est donc bien **irrecevable** à se prévaloir du moyen d'incompétence de la juridiction judiciaire.

II-A-2-b/ LA COMPETENCE DU JUGE JUDICIAIRE DES REFERES N'EST PAS SUSCEPTIBLE D'ETRE PARALYSEE PAR LA THEORIE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

En effet, comme analysé dans l'**assignation** des 19-20 Février 2013 (§ II-A-2) cette théorie qui, dans le langage **nietzschéen** relève du penchant **dionysiaque** (l'excès, la démesure, l'ivresse), par opposition à l'**ordre public de protection individuelle** qui, lui, procède du **principe apollinien** (l'équilibre, la mesure, la sagesse), n'a plus sa place dans une **Société démocratique** et un **Etat de droit** comme l'est et doit le demeurer la France.

De plus, la voie de fait est **exclusive** de l'acte de gouvernement (**1**).

En outre, les textes modernes de procédure civile ne font aucune référence à la théorie de l'acte de gouvernement qui, dès lors, ne saurait constituer une exception d'incompétence pouvant être soulevée d'office par le juge judiciaire (**2**).

1/ LA VOIE DE FAIT EST EXCLUSIVE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

Comme l'énonce clairement et justement la **Doctrine classique** :

*« (...) Un acte ne peut présenter, en même temps, les caractères de la **voie de fait** et ceux de l'**acte de gouvernement**, et échapper sous la seconde qualification aux conséquences qu'entraînerait pour lui la première ; acte '**manifestement insusceptible de se rattacher à l'exécution d'un texte légal ou réglementaire**', la voie de fait ne saurait être réputée acte de l'autorité publique ; **qu'il administre ou qu'il gouverne**, en effet, **l'exécutif doit fonder son action sur l'assise de la loi** ; un acte auquel cette assise manque ne peut plus être considéré comme acte de gouvernement, puisqu'au moment même où il l'accomplit, et du seul fait qu'il l'accomplit, le gouvernement cesse d'agir en tant que gouvernement. **Les deux notions sont donc antinomiques, et l'exécutif ne saurait échapper aux conséquences de la voie de fait en couvrant celle-ci du manteau de l'acte de gouvernement.** (...) »*

(**Professeur Jean RIVERO**, JCP 5542, note sous TC, **02 Février 1950, Radiodiffusion Française c/ Sté de gérance et de publicité du Poste de Radiodiffusion « Radio-Andorre »**)

C'est dire que la fausse allégation d'**acte de gouvernement** – pour audacieuse qu'elle soit notamment lorsque, comme en l'espèce, on constate une **carence flagrante de l'exécutif** qui **pousse les cynisme jusqu'à ses dernières limites** en n'hésitant plus, désormais, à revendiquer le droit de s'affranchir des prescriptions constitutionnelles et du droit de l'Union européenne (v. **conclusions d'intimés** communiquées le 03 Septembre 2013, page **4** : « (...) *bien au contraire, le Premier Ministre est pleinement dans l'exercice de ses pouvoirs en refusant de transposer la décision de l'UE.* (...) ») – n'abolit pas la compétence du juge judiciaire que celui-ci tire de la qualification de **voie de fait** qu'il doit donner au comportement de l'Administration.

2/ LE JUGE JUDICIAIRE NE PEUT SE DECLARER D'OFFICE INCOMPETENT AU MOTIF D'ACTE DE GOUVERNEMENT

C'est ce qu'enseigne la Doctrine autorisée à propos de la désormais célèbre affaire dite de **Radio-Andorre** (TC, 02 Février 1950) :

« (...) 20. (...) **La Radiodiffusion française avait, sur les injonctions du Gouvernement français, organisé le brouillage systématique des émissions en provenance du poste de Radio-Andorre. Saisi par une société française concessionnaire de la publicité du poste, le juge des référés de la Seine releva dans les agissements de la Radiodiffusion française une voie de fait entraînant compétence de l'autorité judiciaire et enjoignit au directeur de la Radiodiffusion française de mettre fin aux opérations de brouillage. La Cour d'appel de Paris confirma cette décision (106 - Paris, 24 mai 1949 : Gaz. Pal. 1949, 2, 139).**

Il est à noter que, ni devant le juge des référés, ni devant la Cour d'appel, le directeur de la Radiodiffusion n'avait fait valoir l'immunité juridictionnelle conférée aux actes de gouvernement. **C'est à bon droit que, selon nous, les juridictions civiles saisies s'étaient abstenues de relever d'office l'existence d'un acte de gouvernement. D'abord parce que celle-ci était fort douteuse (107 - cf. concl. de M. le Commissaire du Gouvernement Odent devant le Tribunal des Conflits). Ensuite et surtout parce que l'acte de gouvernement est une 'survivance de la raison d'Etat' (108 - cf. A. Gros, Survivance de la raison d'Etat, Thèse Paris 1933 et le rapport de Vivien sur l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, texte repris par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 (cité par M. Waline, op. cit., p. 97) et que ce n'est pas le rôle des tribunaux (au moins des tribunaux judiciaires) d'invoquer l'existence de la raison d'Etat alors que le Gouvernement s'abstient de le faire. La soustraction des actes de gouvernement à tout contrôle juridictionnel est une prérogative de l'Administration (109 – Le texte législatif auquel on rattache l'existence des actes de gouvernement est l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 dont la teneur évoque une prérogative : 'Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas aux tribunaux administratifs.' Selon les travaux préparatoires (v. note précédente), il s'agirait des 'actes de gouvernement' dont les ministres peuvent 'revendiquer' la connaissance exclusive par l'Administration active à l'exclusion de tout contrôle juridictionnel) et les tribunaux de l'ordre judiciaire n'ont pas à en faire état d'office.**

Ce n'est que devant le **Tribunal des Conflits** que l'Administration fit valoir que l'opération de brouillage se rattachait à la **conduite des relations internationales** et constituait un **acte de gouvernement**. Le Tribunal des Conflits, **contre l'avis de son commissaire du Gouvernement**, admit cette thèse et confirma l'arrêté de conflit (110 – Référence supra note 28 : Paris, 24 mai 1949, 2, 139. Cet arrêt a donné lieu à un arrêté de conflits confirmé par la décision du Tribunal des Conflits citée plus haut, note 17 (Trib. Conflits, 2 févr. 1950, Sté de Gérance : Gaz. Pal. 10 mars 1950. Cet arrêt sera prochainement publié à la Semaine juridique avec une note de M. Jean Rivero : J.C.P. 50, II, 5542). Mais on verra (infra n°20) que **l'arrêt de la Haute juridiction ne contredit pas l'existence d'une voie de fait en l'espèce.**). Cet arrêt est d'ailleurs l'une des rares décisions où l'on voit la procédure du conflit utilisée dans l'esprit de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 (111 - Supra note 109 .), c'est-à-dire **non pour restituer un litige aux tribunaux administratifs, mais pour le soustraire à tout contrôle juridictionnel** (112 – Sans doute, la confirmation d'un arrêté de conflit a-t-elle en principe le sens d'une déclaration de compétence de l'autorité administrative et de l'infirmité de la compétence de l'autorité judiciaire, ce qui n'est pas identique à un renvoi au juge administratif.

(Sur la nature des arrêtés de conflit, cf. F. Luchaire, *Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif d'attributions* : Rev. Dr. Pub. 1946, p. 369). Mais dans tous les cas (à l'exception de celui qui nous occupe) la confirmation des arrêtés de conflit par la Haute Juridiction conduit, en fait, à reconnaître la compétence du juge administratif.)

L'espèce offre ainsi de multiples intérêts sur lesquels on n'a pas le loisir de s'étendre. Notons seulement d'abord la particularité curieuse qu'elle présente : l'arrêt du Tribunal des Conflits ne comporte pas, à notre sens, de désapprobation des solutions admises par le Tribunal Civil et la Cour d'Appel puisque, comme on l'a dit, **celles-ci ne pouvaient pas et ne devaient pas relever l'acte de gouvernement tant que l'Administration ne l'avait pas elle-même fait**. En outre (et ceci nous intéresse directement), on voit dans cette espèce le contentieux de la voie de fait être paralysé (comme tout autre contentieux d'ailleurs) par la théorie des actes de gouvernement. (...)

(**Doyen Georges VEDEL**, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, JCP I, 851)

Cette juste appréciation de la **neutralité** que le juge judiciaire doit adopter face à la théorie de l'acte de gouvernement (« **C'est à bon droit que, selon nous, les juridictions civiles saisies s'étaient abstenues de relever d'office l'existence d'un acte de gouvernement** ») est confirmée par les textes en vigueur :

Ainsi, aux termes de l'article **92** du Code de procédure civile (CPC) relatif à l'incompétence **relevée d'office** par le juge :

« L'incompétence **peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution** lorsque cette **règle est d'ordre public** ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas.

Devant la **cour d'appel** et devant la **Cour de cassation**, cette incompétence ne peut être **relevée d'office** que si l'affaire relève de la compétence d'une **juridiction répressive ou administrative** ou **échappe à la connaissance de la juridiction française**. »

De même, l'article **96** du même Code (**Dispositions communes** aux exceptions d'incompétence) dispose :

« Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une **juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère**, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir.

Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent **désigne la juridiction qu'il estime compétente**. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi. »

Il ressort des textes précités, qu'en aucune façon l'immunité juridictionnelle supposée de l'acte en cause n'est envisagée comme motif d'incompétence relevée d'office par le juge.

De même, la rédaction de l'**alinéa 2** de l'article **96** CPC « **Dans tous les autres cas** » indiquant que la liste de l'**alinéa 1er** est **limitative et non pas indicative**, implique nécessairement que seule « la compétence d'une **juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère** » doit conduire le juge à renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Toute autre situation est de la compétence du juge judiciaire saisi.

Comme on le voit, **l'acte de gouvernement** qui entretient une **antinomie radicale** avec la compétence de la juridiction administrative, n'intervient à aucun moment comme fondement de l'incompétence du juge civil, qu'elle soit soulevée par les parties (art. **75 à 77 CPC**) ou relevée d'office (art. **92 à 94 CPC**).

De plus, la conclusion de l'éminent auteur précité (« *on voit dans cette espèce le contentieux de la voie de fait être paralysé (comme tout autre contentieux d'ailleurs) par la théorie des actes de gouvernement* » formulée à propos d'une décision rendue à une époque **antérieure à 1971** doit, aujourd'hui, être relativisée.

Il y a lieu, en effet, de rappeler que par sa décision ***Liberté d'association*** du 16 Juillet 1971, le **Conseil constitutionnel** a consacré la valeur juridique suprême des Préambules des 26 Octobre 1946 et 04 Octobre 1958 et donc la **valeur constitutionnelle** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**).

On comprend, aisément, dès lors que l'article **16 DDH**, qui consacre la **garantie des droits** comme norme suprême, s'oppose à une décision par laquelle le **Tribunal des conflits** jugerait qu'une affaire ne relèverait ni d'une juridiction française ni d'une juridiction étrangère ou arbitrale.

C'est dire que toute action alléguant de façon défendable – comme en l'espèce – une **violation des droits fondamentaux** commise par une autorité publique nationale ressortit **nécessairement** à la compétence d'au moins une juridiction française, sauf à conclure à la compétence d'une juridiction étrangère ou arbitrale, ce que ne fait pas, pour autant, le Premier ministre.

Ainsi, le **mobile politique** qui avait expressément inspiré l'arrêt du **Conseil d'Etat** du 18 Juin 1852, **Héritiers d'Orléans** (« *Considérant que le décret du 22 janvier 1852 est un acte politique et de gouvernement dont l'exécution et les effets ne peuvent être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire;* ») a été **définitivement abandonné** vingt-trois après (**CE, 19 Février 1875, Prince Napoléon**; Rec. 155, concl. David).

A l'inverse, ainsi que le fait observer la doctrine autorisée, « *le but politique sera bien souvent, par la suite, un motif d'annulation pour détournement de pouvoir ou erreur de droit, l'administration ne devant pas prendre ses décisions, en règle générale, en fonction de considérations de cette nature. C'est ainsi qu'en 1954, le commissaire du gouvernement Letourneur et le Conseil d'Etat devaient réaffirmer avec force qu'un candidat ne peut être exclu d'un concours donnant accès à la fonction publique en raison de ses opinions politiques (28 mai 1954, Barel).* » (**M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS**, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 18^e édition 2011, n^o3, p. 18).

Au surplus, même si la décision rendue le 02 Février 1950 par le **Tribunal des conflits** a pu être présentée par les commentateurs comme faisant application, implicitement, de la théorie de l'acte de gouvernement, la **nette extranéité** du litige a, sans doute, fortement influencé la décision sur la compétence :

.../...

« (...) *Considérant que la mesure prescrite par le gouvernement dans les conditions ci-dessus exposées à l'égard des émissions d'un poste sis dans un territoire qui n'est pas français, qui n'est pas soumis à la législation française et relève d'une double autorité distincte de celle de l'Etat français, échappe, à raison de sa nature, à tout contrôle juridictionnel; que, dès lors, c'est à bon droit que le préfet de la Seine a élevé le conflit dans l'instance pendant devant la Cour d'appel de Paris; (...)* »

En effet, si la **nature** de l'acte en cause (le brouillage des émissions de Radio-Andorre) avait pu justifier, à elle seule, indépendamment du contexte de l'affaire et des éléments extrinsèques à la mesure litigieuse (territoire, législation et autorité non français), l'exclusion de tout contrôle juridictionnel français, le Tribunal des conflits n'aurait pas éprouvé le besoin de mentionner ceux-ci dans sa décision. L'**extranéité** – et non pas seulement la considération de la conduite des relations diplomatiques de la France - a, donc, visiblement coloré la décision du 02 Février 1950 qui ne peut être appréciée, en réalité, comme consacrant la théorie de l'acte de gouvernement.

Mais, en l'occurrence, **aucun élément d'extranéité** ne peut être invoqué. Les juridictions françaises sont compétentes à un **double titre** dès lors que les deux ordres de juridiction judiciaire et administratif sont **concurrentement compétents**, s'agissant d'une **voie de fait résultant d'une décision**. Cette circonstance exclut radicalement, dès lors, la faculté pour le juge judiciaire de relever d'office son incompétence (art. **92, al. 1er** CPC).

**II-A-2-c/ LA COMPETENCE CONCURRENTE DU JUGE JUDICIAIRE
ET DU JUGE ADMINISTRATIF POUR CONSTATER LA VOIE DE FAIT
RESULTANT D'UNE DECISION**

La **compétence concurrente** des ordres administratif et judiciaire s'explique aisément en l'occurrence. On sait, en effet, que lorsque **la voie de fait résulte d'une décision**, comme en l'espèce, « *les deux ordres de juridiction disposent de **compétences parallèles**. Suivant le Tribunal des conflits, la nullité des décisions qui ont le caractère de voies de fait peut être constatée aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative (TC 27 juin 1966, Guigon, précité, Rec. 830; JCP 1967.II.15135, concl. Lindon; D. 1968.7, note Douence; AJ 1966.547, note de Laubadère)* ». (note sous **TC 8 Avril 1935, Action Française**, Rec. 1226, concl. Josse, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17^e édition 2009, n°48, p. 297).

Ainsi, le **refus** opposé par l'autorité militaire, ayant fait apposer des scellés sur le logement occupé par un officier, en dehors de tout bâtiment militaire, d'autoriser ce militaire à pénétrer dans ce logement pour y prendre certains objets est constitutif d'une **voie de fait** « *en raison de la gravité des atteintes ainsi portées à l'inviolabilité du domicile* » et doit être regardé comme un **acte nul et non avvenu**. En outre, « *il appartient tant à la juridiction administrative qu'à l'autorité judiciaire de constater cette nullité ;* » (**TC, 27 Juin 1966, Guigon**, Dalloz Sirey 1968, jur. p. 8).

Il est, dans cet ordre d'idées, jugé par le **Conseil d'Etat** que sont **juridiquement inexistantes**:

- **les décisions émanant d'organismes « dépourvus d'existence légale »** (**CE, 9 Novembre 1983, Saerens**, p. 453: décisions prises par un « conseil d'administration » d'une commune composé du maire et des adjoints; **CE Sect. 07 Octobre 1994, Ville de Narbonne c. Mme Arditi**, p. 426, AJ 1995, p. 159, obs. M. Hecquard-Théron, RDP 1995, p. 251, concl. H. Savoie: décisions, relatives notamment à l'administration communale, d'un « groupe de travail », qui ne tenait « d'aucun texte ni d'aucun mandat » le pouvoir de les prendre;

- celles qui, selon la formule consacrée, sont **manifestement insusceptibles de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration** et sont ainsi à l'origine d'une **voie de fait** (**TC, 27 Juin 1966, Guigon**, p. 830, AJ 1966, p. 547, note A. de Laubadère, D. 1968, p. 7, note J.-C. Douence, JCP 1967, n°15135, concl. R. Lindon: d'où égale compétence du juge administratif et du juge judiciaire pour déclarer l'acte nul et de nul effet);

- celles dont l'auteur est **dépourvu de tout pouvoir pour les prendre** (**CE, 8 Décembre 1982, Commune de Dompierre**, p. 555, DA 1983, n°31 – exclusion du corps des sapeurs-pompiers décidée par une réunion des membres du corps: absence de délai de recours), comme en l'espèce.

En l'espèce, la voie de fait est parfaitement caractérisée en considérant que la transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 est, pour l'Etat, une double obligation imposée tant par la Constitution française (article 88-1) que par le droit de l'Union européenne (article 34, § 2, b du Traité sur l'Union européenne du 07 Février 1992 (ci-après « TUE ancien » dans sa rédaction antérieure au Traité de Lisbonne du 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009) maintenu en vigueur par les articles **9 et **10** du **Protocole n°36** sur les dispositions transitoires annexé au Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE »), au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») et au Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (ci-après « TCECA »), dans leur rédaction issue du Traité de Lisbonne précité (Titre VII, « *Dispositions transitoires relatives aux actes adoptés sur la base des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne* »).**

C'est dire qu'**aucun texte national ou supranational** ne peut être invoqué par les autorités constitutionnelles françaises pour tenter de justifier le retard de plus de deux ans dans la transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

Le refus de transposer cette norme supranationale ne peut manifestement pas être rattaché à un pouvoir constitutionnel ou légal du Président de la République, du Premier ministre, ou d'une autorité administrative.

Il est à noter que la solution inverse conduirait à un **conflit négatif d'attribution** et donc à une carence sur le plan de la protection juridictionnelle due par l'Etat au requérant, **déni de justice** que l'article **34** du **décret** du 26 Octobre 1849 susmentionné tend, précisément, à éviter.

II-A-2-d/ SUBSIDIAIREMENT, L'OBLIGATION POUR LE JUGE JUDICIAIRE DE SAISIR LE TRIBUNAL DES CONFLITS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 34 DU DECRET DU 26 OCTOBRE 1849 REGLANT LES FORMES DE PROCEDER DU TRIBUNAL DES CONFLITS

Il convient, de rappeler, à cet égard, les termes de l'article **34** du **décret** du 26 Octobre 1849 réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits, dans sa rédaction issue du **décret** n°60-728 du 25 Juillet 1960:

*« Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, **toute juridiction de l'autre ordre**, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, **doit**, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal. »*

Le **Tribunal des Conflits** a eu l'occasion de juger que « si cet article précise que la première décision juridictionnelle d'incompétence ne doit plus être 'susceptible de recours', l'obligation de renvoi au Tribunal des conflits en prévention de conflit négatif qui résulte de ces dispositions s'applique alors même que cette décision peut encore faire ou a fait l'objet d'un pourvoi en cassation; » (**TC, 22 Mars 2004, M. DESHAYES**, n°3341).

En l'espèce, le caractère **irrévocable** de la décision d'incompétence rendue le 26 Novembre 2012 par le Conseil d'Etat (*pièce n°153*) n'est pas sérieusement contestable.

De plus, il peut y avoir même litige, au sens de ce texte, sans identité de parties.

Ainsi, il y a même litige lorsque la juridiction judiciaire a été saisie de conclusions tendant à l'octroi de dommages-intérêts dirigées contre des fonctionnaires et la juridiction administrative de conclusions tendant aux mêmes fins, à raison des mêmes faits, dirigées contre l'Etat (**TC, 17 Mai 2010, M. DOMINGUEZ et Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions**, n°3745; **TC, 07 Mars 1994, M. DAMEZ**, n°02902).

Il suffit, donc, pour qu'il y ait identité de litige que les deux ordres de juridiction aient été successivement saisis de demandes ayant le même objet et le même fondement (**TC, 10 Mai 1993 Sté Wanner Isofi Isolation et Sté Nersa**, n°02840), cette condition étant appréciée de manière libérale par le Tribunal des conflits (**TC, 25 Janvier 1988, BUNELIER**, n°02502; **TC, 19 Février 1990, HERVE**, n°02594).

C'est bien le cas, en l'occurrence.

En effet, il y a lieu de rappeler, à titre préliminaire, que l'article **34** du décret du 26 Octobre 1849 tend à **prévenir le conflit négatif d'attribution** qui peut surgir, comme en l'espèce, lorsque l'ordre judiciaire et l'ordre administratif refusent tous deux de connaître d'une question de droit comme celle de la légalité du refus de transposer une norme de droit dérivé de l'Union européenne, comme la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

.../...

Ce texte tend, à l'évidence, à **se prémunir contre le déni de justice**, à satisfaire à l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de même qu'à procurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** que leur doit l'Etat et doit, partant, s'apprécier, quant à son étendue, à l'aune de cette obligation d'ordre constitutionnel que consacre l'article **16 DDH (garantie des droits)**.

Il doit, encore, être précisé, à ce propos, que la déclaration d'incompétence peut aussi porter sur une question préjudicielle. Ainsi, saisi d'un recours en appréciation de légalité consécutif à une question préjudicielle posée par le jugement d'un tribunal de grande instance, le Conseil d'Etat doit, s'il estime que la question d'appréciation de légalité dont il est saisi ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, renvoyer l'affaire au Tribunal des conflits dès lors que le jugement par lequel le tribunal de grande instance a sursis à statuer sans trancher aucune partie du principal, même s'il n'a pas le caractère d'une décision définitive au sens des dispositions du Nouveau Code de procédure civile, ne peut plus être frappé d'appel eu égard aux dispositions de l'article 380 de ce code (**TC, 07 Octobre 1991, CROUS Nancy-Metz** : Rec. CE 1991, p. 472; **TC, 23 Octobre 2000, n°3091, Gaucher c/ Assedic Seine-et-Marne** : JurisData n°2000-133468; Rec. CE 2000, p. 770; JCP G 201, IV, 2246).

La même solution doit, à l'évidence, être consacrée lorsque la plus haute juridiction administrative déclare son ordre juridictionnel, dans son entier, incompétent pour juger la requête qui lui est soumise.

Or, ainsi que le rappelle la Doctrine autorisée, **seul le Tribunal des conflits** est habilité à désigner le ou les ordres de juridiction compétents :

« (...) Les auteurs font très couramment de la mention du régime des actes de gouvernement l'élément central et essentiel de leur définition : 'la caractéristique fondamentale qui (les) décèle' (P. Duez, Les actes de gouvernement, p. 175).

*Il est certes exact que **les actes de gouvernement**, en tous cas dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, sont dotées d'une **complète immunité de juridiction**, celle-ci résultant (nous le verrons) de l'incompétence conjuguée à leur égard de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire, - **double incompétence que seul, évidemment, le Tribunal des conflits**, supérieur commun des deux ordres de juridictions, a le pouvoir d'affirmer. (...) »*

(**Professeur René CHAPUS**, L'acte de gouvernement, monstre ou victime, Dalloz 1958 (...)

Le **Tribunal des conflits** ne pourrait cependant plus, aujourd'hui, adopter la même solution qu'en **1950** (affaire dite de **Radio-Andorre**) dès lors que l'article **16 DDH** (garantie des droits) qui, comme susdit, a acquis en **1971** (**CC, Juillet 1971, liberté d'association**) valeur de **norme constitutionnelle** impose qu'à tout le moins un ordre de juridiction soit compétent pour connaître d'une requête mettant en cause des **droits fondamentaux**, comme en l'occurrence, le **droit au respect et à la protection de la dignité humaine**.

Il appartiendra, dès lors, à la Cour de céans, statuant en matière de référé, si elle-même s'estime incompétente, aux fins de **prévenir un conflit négatif, de saisir le Tribunal des conflits** aux fins que celui-ci désigne la ou les juridictions compétentes pour prendre les mesures nécessaires aux fins de remédier au refus de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

*

En outre, en ce qui concerne la **question prioritaire de constitutionnalité**, il échet de rappeler qu'aux termes de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 dans sa rédaction issue de la **loi constitutionnelle n°2008-724** du 23 Juillet 2008:

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

Les conditions de recevabilité de la nouvelle procédure dite « **question prioritaire de constitutionnalité** », - lointaines réminiscences du **droit de remontrance** des Parlements d'Ancien Régime refusant l'enregistrement des édits royaux que le Roi pouvait, cependant, imposer par des **lettres de jussion** ou, de façon plus spectaculaire, par la **tenue d'un lit de justice** (v. Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution, par **Jean-Louis HAROUEL, Jean BARBEY, Eric BOURNAZEL et Jacqueline THIBAUT – PAYEN**, PUF Droit, 11^e édition Octobre 2009, § 322, p. 310) - de même que les juridictions compétentes pour en connaître sont précisées à l'article **23-1** de l'**ordonnance n°58-1067** du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel (ci-après « **LOCC** ») dans sa rédaction issue de la **loi organique n°2009-1523** du 10 Décembre 2009 entrée en vigueur le 1er Mars 2010, qui dispose en son **premier alinéa**:

« Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. (...) »,

ces conditions étant reprises par l'article **R. 126-1** du Code de procédure civile (CPP).

Etant présentée par **mémoire distinct et motivé**, à l'occasion et à l'appui de l'**appel** du 04 Juin 2013 dirigé contre l'ordonnance rendue le 03 Juin 2013, - qui postule notamment la **compétence** de la juridiction judiciaire - dont la Cour de céans est régulièrement saisie, la **question prioritaire de constitutionnalité** se trouve **parfaitement recevable**.

A cet égard, le **Conseil Constitutionnel** a eu l'occasion de préciser « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* » (CC, décision n°2010-39 QPC du 06 Octobre 2010, Mmes **Isabelle D. et Isabelle B.** consid. 2; CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, **Compagnie agricole de la Crau**, consid. 4).

.../...

On peut ajouter, avec la **circulaire CIV/04/10** du 24 Février 2010, relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité (BOMJL n°2010-2 du 30 Avril 2010) que :

- D'une part, « *Si seules les parties peuvent soulever une question prioritaire de constitutionnalité, **toute partie peut le faire**, dès lors que **ce moyen vient au soutien de ses prétentions**. Si le défendeur ou la partie intervenante sera le plus souvent amené à poser une question prioritaire de constitutionnalité, **le demandeur peut également soulever une telle question**. Le ministère public, lorsqu'il est partie à une instance, peut aussi soulever une question prioritaire de constitutionnalité.* » (§ 2.1.1.1.).

- D'autre part, « *De même, **le juge des référés est compétent pour en connaître** lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'une procédure de référé.* » (§ 2.2.1).

Il appartiendra, dès lors, à la **Cour de statuer par priorité et sans délai, comme prévu par l'article 23-2, alinéa 1er de la LOCC** sur la transmission à la **Cour de cassation** de la présente **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** de l'article 26 de la **loi du 24 Mai 1872**, avant de pouvoir se prononcer sur sa **compétence**, irrégulièrement contestée par les intimés au motif notamment que l'édition d'un décret de présentation d'un projet de loi au Parlement échapperait à la compétence de la juridiction judiciaire.

La Cour de céans sera, partant, conduite, en application de l'article **23-3, alinéa 1er** de la LOCC, à **surseoir à statuer** jusqu'à ce qu'il ait été répondu de façon irrévocable à ladite **QPC**.

Le **bien-fondé** de la QPC ne fait pas davantage difficulté (§ II-B).

II-B/ LE BIEN-FONDE DE LA TRANSMISSION A LA COUR DE CASSATION, AUX FINS DE RENVOI ULTERIEUR AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 SUR L'ORGANISATION DU CONSEIL D'ETAT

Quant aux conditions de fond du renvoi, elles sont précisées par l'article **23-2, alinéa 1er LOCC**:

*« La juridiction statue **sans délai** par une **décision motivée** sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. **Il est procédé à cette transmission** si les conditions suivantes sont remplies :*

*1° La disposition contestée est **applicable au litige ou à la procédure**, ou constitue le **fondement des poursuites**;*

*2° Elle **n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution** dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, **sauf changement des circonstances**;*

*3° La question **n'est pas dépourvue de caractère sérieux**. »*

En l'espèce, les trois conditions légales susmentionnées sont réunies en ce qui concerne l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** qui dispose :

*« Les ministres ont le droit de revendiquer devant le **Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif**.*

Toutefois, ils ne peuvent se pourvoir devant cette juridiction qu'après que la section du contentieux a refusé de faire droit à la demande en revendication qui doit lui être préalablement communiquée. »

*

Ainsi, d'une part, contrairement aux **allégations non motivées** de Monsieur le Premier ministre, les dispositions contestées sont **applicables au litige et à la procédure (II-B-1)**.

De deuxième part, **elles n'ont pas été précédemment déclarées conformes à la Constitution (II-B-2)**.

Enfin, de troisième part, la question de leur constitutionnalité est **nouvelle** au regard du **droit constitutionnel des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi (II-B-4)** et présente, en tout état de cause, un **caractère sérieux (II-B-3)**.

.../...

II-B-1/ LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES CONTESTEES SONT APPLICABLES AU LITIGE ET A LA PROCEDURE

Contrairement à ce qu'allègue l'Etat, sans le démontrer, la pertinence de la QPC s'impose, en l'espèce, dès lors :

- d'une part, comme les requérants le pressentaient dans leur mémoire portant QPC déposé le 07 Mars 2013, **Monsieur le Premier ministre** prétend leur opposer – bien qu'il soit irrecevable à le faire, comme sus-démontré - dans sa **lettre** du 08 Mars 2013 et ses écrits postérieurs, la **théorie des actes de gouvernement** comme contrariant la compétence du juge des référés qui, précisément, est **exclusive de cette théorie (II-B-1-a)**;

- de deuxième part, que cette théorie trouve son fondement légal – **mais non constitutionnel** - dans l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872, objet, précisément, de la présente QPC (**II-B-1-b**) ;

- de troisième part, qu'en cas de saisine du **Tribunal des conflits**, la question de la constitutionnalité de l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872 conditionnerait la solution à apporter sur la compétence (**II-B-1-c**).

II-B-1-a/ LA VOIE DE FAIT QUI IMPLIQUE LA COMPETENCE DE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE EST EXCLUSIVE DE LA THEORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT COMPRISE DANS L'OBJET DU LITIGE, AU SENS DE L'ARTICLE 4 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

Le **principe de cohérence** méconnu par Monsieur le Premier ministre rend celui-ci **irrecevable** à contester l'applicabilité au litige de l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 (**1**).

La présentation et le maintien par Monsieur le Premier ministre de son **déclinatoire de compétence** exclusivement fondé sur la théorie de l'**acte de gouvernement** conservent, en tout état de cause, son objet à la **QPC** relative à l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 (**2**).

La redéfinition de la voie de fait par le **Tribunal des conflits** dans son arrêt du 17 Juin 2013, **postérieurement à la saisine de la Cour d'Appel**, est, en l'espèce, **inopposable** aux requérants (**3**).

**1/ L'IRRECEVABILITE DU MOYEN OPPOSE PAR LE PREMIER
MINISTRE RELATIF A L'APPLICABILITE AU LITIGE DE L'ARTICLE 26 DE LA
LOI DU 24 MAI 1872 (PRINCIPE DE COHERENCE)**

Dans cet ordre d'idées, il est difficilement soutenable que le législateur ou le juge puissent licitement s'affranchir du **principe de cohérence**, selon lequel **nul ne peut se contredire au détriment d'autrui** (Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a., n°M 07-19.841 ; Cass. Com. 20 Septembre 2011, n°10-22.888, RTD civ. Octobre-Décembre 2011, p. 760) dont la Doctrine dit qu'« *il n'est désormais ni contestable ni contestataire d'affirmer l'existence* » (**Dimitri HOUTCIEFF**, note sous Cass. 3° Civ., 28 Janvier 2009, D. 2009, p. 2010, § 11), issu de la règle de l'**estoppel** de droit international public « *Notion empruntée au droit anglo-saxon, souvent analysée comme une exception procédurale, destinée à sanctionner, au nom de la **bonne foi**, les contradictions dans les comportements d'un Etat, celui-ci étant considéré comme lié par son comportement antérieur et, dès lors, estoppé à faire valoir une prétention nouvelle. Ex. Un Etat qui a expressément reconnu une ligne frontière est déchu de son droit de contester cette ligne auprès d'un autre Etat* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 8° édition Quadriga Avril 2007, v° Estoppel, p. 372) et qui s'impose aux justiciables à peine d'**irrecevabilité** de leurs **prétentions incohérentes** (Cass. 1° Civ., 02 Avril 1996, Mme Sylvette FREULET née LEFEBVRE c/ Mme Franciane BENOIST née LEVEVRE et a., n° 93-10.717 ; Cass. Com. 10 Mai 2000, M. James VENDE c/ M. Georges SIGNOL, n°97-18.322 ; Cass. 1° Civ., 06 Juillet 2005, M. Abraham Rahman Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran, n°S 01-15.912 ; Cass. Com. 17 Mars 2009, Sté TERREAL c/ Sté TEJAS BORJA, n°07-18.842).

Ce principe de droit découle du **principe philosophique de raison suffisante** lui-même sous-tendu par les **principes logiques d'identité, de non-contradiction et du tiers exclu** et qui s'exprime sous la plume d'un des plus grands philosophes du Grand siècle :

« *Il y a deux grands principes de nos raisonnements; l'un est le **principe de la contradiction**...; l'autre est celui de la **raison suffisante** : c'est que **jamais rien n'arrive sans qu'il y ait une cause** ou du moins **une raison déterminante**, c'est-à-dire qui puisse servir à rendre raison a priori pourquoi cela est existant plutôt que non existant et pourquoi cela est ainsi plutôt que de toute autre façon.* » (**LEIBNIZ**, Théodicée, I, 44, cité dans **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**, André LALANDE, PUF, Quadriga 3° édition Novembre 2010, v° Raison suffisante, p. 886).

Le **principe d'identité** s'énonce, lui, ordinairement sous la forme :

« *Ce qui est, est; ce qui n'est pas, n'est pas.* » ou encore, en notations, **a = a** (*ibid.*, v° Identité (Principe d'), p. 457).

Quant aux principes de **non-contradiction** et du **tiers exclu** ils rendent compte respectivement de l'impossibilité, d'une part, de concilier simultanément une **proposition vraie** et une **proposition fausse**, d'autre part, de rejeter comme fausses deux **propositions contradictoires** (« *De deux propositions contradictoires, l'une est vraie et l'autre fausse.* » (*ibid.*, v° Milieu - Principe de milieu exclu, ou de tiers exclu, p. 626).

La **théorie mathématique des ensembles** réunit ces exigences dans la notion d'**ensemble vide**, « celui qui ne peut, par définition même, contenir aucun élément » (Luc FERRY, HEIDEGGER : les illusions de la technique, Le Figaro, Le Point, Flammarion 2013, Collection Sagesses d'hier et d'aujourd'hui, p.67).

« Il suffit d'énoncer la propriété suivante pour en obtenir la définition : (...) '**être différent de soi**', être une chose qui se contredirait elle-même, par exemple un cercle carré. En énonçant une telle propriété, j'obtiens immédiatement, sans même y réfléchir, la définition d'un **ensemble vide** – ce qui prouve en creux, négativement, que je détiens, sans même y penser, quelque chose comme un critère de ce qui peut exister ou non, un critère, donc, de l'étantité de l'étant : la propriété '**être différent de soi**' ou '**se contredire soi-même**' correspond immédiatement dans mon esprit au néant, à un '**ensemble vide**' (il n'y a pas d'existence contradictoire possible). (...) » (ibid.).

En d'autres termes, les propositions :

- l'**acte de gouvernement** peut être opposé au juge judiciaire des référés au soutien d'un déclinatoire de compétence, d'une part,

- l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872, fondement textuel de l'acte de gouvernement, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une QPC pour consolider la compétence du juge judiciaire des référés contestée sur ce fondement, d'autre part,

sont **contradictaires**.

Ainsi, admettre d'une partie au procès – en l'occurrence, l'Etat pris en la personne du Premier ministre et du Préfet des Bouches-du-Rhône – qu'elle s'oppose à la transmission à la Cour de cassation d'une QPC relative à l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872, au motif que ce texte ne serait pas applicable au litige, alors que celui-ci est mis en œuvre par le Gouvernement devant le juge des référés, relève de l'**oxymoron**, semblable à la fameuse « **obscure clarté** » de **Pierre CORNEILLE** ou la « **sublime horreur** » d'**Honoré de BALZAC** (Le Colonel CHABERT).

Cependant, si cette figure de rhétorique a fait les beaux jours de la littérature française, son étymologie (**oxumôron**, de **oxus** « aigu » et **môros** « sot, fou ») et son usage (« **suggérer des atmosphères oniriques ou hallucinatoires** », **Jean-Loup CHIFLET**, Oxymore Mon amour, Chiflet et Cie 2011, v° Oxymore, p. 194) incitent à la plus grande prudence dès lors que le propos relève du **discours scientifique ou juridique**.

Tous ces principes de raisonnement sont, bien entendu, **opposables à l'ensemble des organes de l'Etat**, spécialement dans l'exercice de leur **fonction normative** devant conduire chacun d'entre eux à **réformer la norme** ou à **écarter son application** si l'un des principes sus-énoncés est méconnu.

En effet, selon la formule de **John RAWLS**: « *La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes.* » (*Théorie de la Justice*, Editions du Seuil, Février 1987, p. 29)

Ainsi que l'exprime la **Doctrine** autorisée, « *Les règles du droit ne peuvent en effet être traitées comme des choses ou des instruments techniques appartenant à un univers de gestion et d'administration : s'il en était ainsi, elles ne recevraient qu'une légitimité douteuse et l'on ne pourrait rendre compte de leur obligatorité. Même si nous assistons aujourd'hui, par l'effet des pressions socio-économiques ou idéologico-politiques, à des transformations du droit au point que l'on parle d'un soft law fait de directives administratives, de recommandations, de campagnes d'information plutôt que d'édiction de normes, il est philosophiquement impossible (sinon en niant la philosophie elle-même) de résorber le droit dans le fait ou ce qui doit être dans ce qui est : Jus ex facto non oritur. (...)*

(**Simone GOYARD – FABRE**, Les fondements de l'ordre juridique, PUF, L'interrogation philosophique, Décembre 1992, p. 372).

On retrouve, ici, la classique distinction entre l'être et le **devoir-être**.

En effet, de la **loi de HUME**, selon laquelle **de la nécessité on ne peut nullement déduire la réalité**, ni une **proposition appréciative** de **prémises neutres** (« *La loi est l'expression de la volonté générale* »; « *la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante* »; « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »), il découle que la norme contractuelle que l'Avocat et son client **doivent** respecter ne saurait être dénaturée par le législateur auquel **l'autonomie de la volonté** et la **liberté contractuelle** des parties contractantes sont pleinement opposables.

C'est, de la sorte, signifier, selon le modèle présenté par **Hans KELSEN** (*Théorie pure du Droit; Théorie générale du Droit et de l'Etat*) qu'une **norme prescriptive** ne saurait se fonder sur un **fait brut** – c'est dire **non qualifié juridiquement** – et ne peut se référer qu'à une autre **norme valable** du système juridique édictée par **l'autorité constitutionnellement compétente**.

Appliqués à la problématique de **l'acte de gouvernement**, les principes susmentionnés conduisent d'emblée à relever une **contradiction** (**contradictio in adjecto**) dans le comportement procédural du Premier ministre en prétendant empêcher ses adversaires de consolider la compétence du juge judiciaire que lui s'autorise à contester.

Permettre au moyen soulevé par le Premier ministre de prospérer (contestation de l'applicabilité au litige de l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872**) créerait un **net déséquilibre** dans les droits et obligations respectifs des parties au présent litige, contraire au **droit constitutionnel de poser une QPC**, tel que le **Conseil constitutionnel** l'a consacré dans sa **décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009** (*Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*) :

.../...

« (...) 4. Considérant, d'autre part, que **la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle** qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en œuvre de cet objectif **sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité** ; (...) »

Dans cette hypothèse non souhaitable, serait, de même, consommée la violation de l'article **16 DDH**, ce qui ne constitue pas un **but légitime** que l'Etat, au nom duquel « **la justice est rendue de façon indivisible** » (**CE, sect. 27 Février 2004, Mme Popin**, n°217257, Juris-Data n°2004-066495, Droit administratif Juin 2004, p. 32, n°102) et qui, à ce titre, est tenu d'assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective**, pourrait revendiquer, sauf à sombrer dans **l'incohérence la plus totale**.

Or, tout moyen tendant à l'anéantissement de la **protection juridictionnelle effective** que doit l'Etat aux justiciables est **irrecevable**.

En outre, le libellé de la **loi du 24 Mai 1872** « *sur l'organisation du Conseil d'Etat* » ne doit pas égarer.

L'invocation de ce texte ne concerne pas que le **Conseil d'Etat**, mais également l'ensemble des **juridictions administratives**, de même que l'**autorité judiciaire**.

En effet, comme le faisait observer le **Commissaire du gouvernement ODET** dans l'affaire **RADIO-ANDORRE** jugée le **02 Février 1950** par le **Tribunal des conflits**, l'acte de gouvernement et, donc, l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** qui le fonde, peuvent être invoqués, en droit positif, par le pouvoir exécutif, devant le **juge judiciaire**, comme devant la **juridiction administrative**, ce qui, précisément, **justifie la position de la QPC** :

« (...) Il est en effet certain (...) que l'autorité administrative peut revendiquer devant le tribunal des conflits la connaissance d'un litige porté devant l'autorité judiciaire et concernant un acte de gouvernement. La procédure des conflits d'attribution n'a pas seulement pour objet de protéger la compétence des juridictions administratives : **elle est avant tout la garantie de l'indépendance administrative et gouvernementale au regard de l'autorité judiciaire. Le conflit peut être élevé devant une juridiction de l'ordre judiciaire saisie d'un acte de gouvernement, encore qu'un tel acte échappe aussi par sa nature au contrôle du juge administratif. V. Cons. d'Etat, 18 juin 1852, Héritiers d'Orléans (S. 1852. 2. 307 ; P. adm. Chr.) ; Trib des conflits, 30 juin 1877, Villebrun (Rec. Des arrêts du Cons. D'Etat, p. 661) ; 15 nov. 1879, Sicart (S. 1881. 3. 17 ; Refonte Sirey ; P. adm. Chr. Et Rec. Des arrêts du Cons. D'Etat, p. 708, avec les conclusions conformes de l'avocat général Desjardins)**.

Il serait d'ailleurs paradoxal que le gouvernement, auquel l'**art. 26 de la loi du 24 mai 1872 – toujours en vigueur** – confère le droit de faire interdire par le **Tribunal des conflits** au **Conseil d'Etat** de connaître d'un acte de gouvernement, fût désarmé en une même occurrence à l'égard des **tribunaux judiciaires** et ne disposât pas d'une procédure corrélative d'interdiction. (...) »

Ainsi, de deux choses, l'une :

- ou bien le Premier ministre, comme en l'espèce, persiste à soulever **l'incompétence du juge judiciaire** pour connaître d'un acte de gouvernement et, en contrepartie, les requérants sont en droit de contester la constitutionnalité de l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 qui en est le fondement textuel ;

- ou bien l'autorité constitutionnelle ayant la responsabilité de la transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 **renonce expressément, de façon irrévocable**, dans le cadre de cette instance, mais aussi, le cas échéant, devant d'autres juridictions, y compris devant le **Tribunal des conflits**, à invoquer l'acte de gouvernement et celui-ci ne pourra pas fonder une éventuelle déclaration d'incompétence du juge judiciaire. Ce n'est qu'à cette seule condition, présentement non remplie, que la QPC relative à l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872, perdrait son objet, ce qui n'est pas, aujourd'hui, le cas.

**2/ LA PRESENTATION ET LE MAINTIEN PAR MONSIEUR LE
PREMIER MINISTRE DE SON DECLINATOIRE DE COMPETENCE
CONSERVENT SON ENTIER OBJET A LA OPC RELATIVE A L'ARTICLE 26 DE
LA LOI DU 24 MAI 1872: L'APPLICATION DE L'ARTICLE 4 DU CODE DE
PROCEDURE CIVILE**

Aux termes de l'article 4 du Code de procédure civile (CPC):

« L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense.

(...) »

Il doit être rappelé, ici, que dans leur **assignation** des 19-20 Février 2013, les requérants ont soutenu expressément la **compétence** de Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille pour, en sa qualité de juge des référés, **« PRENDRE LES MESURES NECESSAIRES AUX FINS DE FAIRE CESSER LA VOIE DE FAIT IMPUTABLE A L'ETAT »** (§ II-A-4, pages 177/319 à 183/319).

Or, comme l'indiquaient justement les requérants dans leur **mémoire portant QPC** en date du 06 Mars 2013, déposé au Greffe le 07 Mars 2013 (§ II-B-1-a, page 17/62), *« cette compétence est, en l'occurrence, susceptible d'être, le cas échéant, contestée – à tort - sur le fondement de la **théorie des actes de gouvernement**, soit par Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône, soit par Monsieur le Procureur de la République auquel l'affaire peut être communiquée, en application des articles 424, 426 et suivants CPC. »*

De fait, c'est **Monsieur le Premier ministre** lui-même qui, dans sa lettre en date du 08 Mars 2013, communiquée à **Maître KRIKORIAN**, par le Greffe, le 20 Mars 2013, invoque expressément la **théorie des actes de gouvernement** pour prétendre s'opposer à la **compétence matérielle** de Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille :

« (...) Par l'assignation mentionnée en objet, Me Krikorian entend obtenir l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite qui serait née de l'absence de réponse du Premier ministre à une demande tendant au dépôt d'un projet de loi aux fins de transposition de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

Me Krikorian a saisi le Conseil d'Etat d'un recours ayant le même objet. Par une décision n°350492 rendue le 26 novembre 2012, le Conseil d'Etat a jugé que la décision dont Me Krikorian demandait l'annulation touchait aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappait à la compétence de la juridiction administrative.

Il n'en résulte pas que la juridiction judiciaire serait compétente pour en connaître. Comme le relève l'analyse de cette décision par le Conseil d'Etat, celui-ci a estimé que l'acte attaqué se rattachait à la **catégorie des actes de gouvernement** qui échappent à la **compétence des deux ordres de juridiction.**

.../...

L'exercice par le Premier ministre des prérogatives que lui confie l'article 39 de la Constitution en matière d'initiative des lois échappe en effet au contrôle de l'autorité judiciaire comme à celui de la juridiction administrative.

En conséquence, j'ai l'honneur de vous demander de rejeter les demandes formulées en référé par Me Krikorian. (...) »

L'incompétence du juge judiciaire est derechef soulevée devant la Cour de céans, par les deux autorités intimées, dans leurs **conclusions en réponse** du 03 Septembre 2013 (page $\frac{3}{4}$) :

« (...) 1 – Les appelants qui avaient saisi le Conseil d'Etat d'un recours semblable ont vu leurs prétentions rejetées par un arrêt du 26 novembre 2012 qui a jugé que la décision de refus de transposition du Premier Ministre dont il était demandé l'annulation touchait au rapport entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappait à la compétence de la juridiction administrative.

*Il n'en résulte pas pour autant que les tribunaux judiciaires soient **compétents** pour en connaître dans la mesure où l'acte attaqué est un acte de gouvernement échappant aux deux ordres de juridiction.*

*2 – Aux termes de l'article 39 de la Constitution l'initiative des lois appartient concurremment au premier Ministre (projet de loi) et aux membres du Parlement (proposition de loi)' et en aucun cas l'exercice de cette prérogative n'entre dans le champ de contrôle de l'autorité judiciaire. Le dépôt d'un projet de loi au Parlement se rattachant directement au rapport entre les pouvoirs constitutionnels, **il n'appartient pas à la juridiction des référés de connaître du refus du Premier Ministre**, autorité constitutionnelle sur ce point. (...) »*

Cependant, ainsi que l'énonce clairement et justement la Doctrine classique :

*« (...) Un acte ne peut présenter, en même temps, les caractères de la **voie de fait** et ceux de **l'acte de gouvernement**, et échapper sous la seconde qualification aux conséquences qu'entraînerait pour lui la première ; acte '**manifestement insusceptible de se rattacher à l'exécution d'un texte légal ou réglementaire**', la voie de fait ne saurait être réputée acte de l'autorité publique ; qu'il administre ou qu'il gouverne, en effet, l'exécutif doit fonder son action sur l'assise de la loi ; un acte auquel cette assise manque ne peut plus être considéré comme acte de gouvernement, puisqu'au moment même où il l'accomplit, et du seul fait qu'il l'accomplit, le gouvernement cesse d'agir en tant que gouvernement. **Les deux notions sont donc antinomiques, et l'exécutif ne saurait échapper aux conséquences de la voie de fait en couvrant celle-ci du manteau de l'acte de gouvernement.** (...) »*

(**Professeur Jean RIVERO**, JCP 5542, note sous **TC, 02 Février 1950**, Radiodiffusion Française c/ Sté de gérance et de publicité du Poste de Radiodiffusion « **Radio-Andorre** »)

Il est patent, dans ces conditions, qu'en cas d'**abrogation** par le **Conseil constitutionnel** de l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872, la **théorie des actes de gouvernement** n'aurait plus aucun fondement légal et il ne serait plus possible, en droit, aux intimés ou au Ministère public de contester la compétence de la juridiction judiciaire, sauf à conclure à la compétence des juridictions administratives, pourtant déniée, à tort, par le **Conseil d'Etat** dans son arrêt du 26 Novembre 2012, comme le rappelle Monsieur le Premier ministre dans sa lettre susmentionnée du 08 Mars 2013.

De même, sans abroger le texte législatif présentement attaqué, le **Conseil constitutionnel** pourrait assortir sa décision d'une **réserve d'interprétation** imposant **erga omnes**, donc à tous les pouvoirs publics et toutes les juridictions (art. **62, alinéa 3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) de l'apprécier et de l'appliquer en ce sens qu'il ne saurait paralyser la **compétence de la juridiction judiciaire** saisie d'un acte qui, comme en l'espèce, constitue une **voie de fait**.

On sait, de surcroît, que « *Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité se rapporte à un incident d'instance, une **exception de procédure** ou une fin de non-recevoir, elle devra très logiquement être examinée avant le fond de l'affaire.* » (**circulaire CIV/04/10** du 24 Février 2010, relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité (BOMJL n°2010-2 du 30 Avril 2010), § **2.2.2.2.**), à peine d'entacher la décision juridictionnelle de **diallèle** (**pétition de principe indirecte, cercle vicieux**).

Il est, dès lors, nécessaire d'examiner la **QPC** de l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872 **avant de statuer sur la compétence du juge judiciaire des référés** pour délivrer injonction à Monsieur le Premier ministre de déposer un projet de loi de transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008.

3/ LA REDEFINITION DE LA VOIE DE FAIT PAR LE TRIBUNAL DES CONFLITS DANS SON ARRET DU 17 JUIN 2013, POSTERIEUREMENT A LA SAISINE DE LA COUR DE CEANS, EST INOPPOSABLE, EN L'ESPECE, AUX REQUERANTS

Dans leurs conclusions communiquées le 03 Septembre 2013, Monsieur le Premier ministre et Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône se prévalent de l'arrêt en date du 17 Juin 2013 par lequel le **Tribunal des conflits** (**M. X c/ Sté ERDF Anney Léman, n°C 3911**) a donné de la **voie de fait** la définition prétorienne suivante :

« (...) Considérant qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative; (...) »

S'il est vrai, à cet égard, que le juge du conflit a entendu, à cette occasion, définir plus nettement la répartition des compétences judiciaires et administratives et retirer au juge judiciaire notamment le contentieux des **libertés fondamentales** qui, depuis la **loi n°2000-597** du 30 Juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, appartient au **juge des référés administratifs**, en vertu de l'article **L. 521-2** du Code de justice administrative (**CJA**), cette restriction du champ d'application de la voie de fait **n'est, cependant, pas applicable aux faits de l'espèce et donc pas opposable aux requérants.**

En effet, il échet de rappeler que l'application d'une **règle de droit nouvelle** – telle celle qui va résulter de **l'interprétation de la législation en vigueur par le Tribunal des conflits** – ne peut se faire au détriment des justiciables et doit respecter le **droit à un procès équitable** de ceux-ci.

Ainsi, *« l'application immédiate (d'une) règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un **procès équitable**, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge; »* (**Cass. Ass. Plén. 21 Décembre 2006, Sté La Provence c/ Mme Véronique D...**, n°A 00-20.493).

A l'évidence, appliquer aux faits de l'espèce et à l'instance d'appel née le 04 Juin 2013, tous, donc, **antérieurs** au 17 Juin 2013, la nouvelle règle définie par le **Tribunal des conflits** conduirait à priver les requérants de la **compétence du juge judiciaire** pour connaître de la **voie de fait totalement imputable à l'Etat** et notamment au Premier ministre (**atteinte à une liberté fondamentale**), ce, en violation du **droit à un procès équitable** (art. 6 § 1 CEDH, art. 14 § 1 PIDCP) et du **droit à un recours juridictionnel effectif** (art. 16 DDH).

L'interprétation nouvelle des textes en vigueur et de la notion de **voie de fait** par le **Tribunal des conflits** n'est donc **pas opposable** aux appelants qui peuvent, en conséquence, continuer à invoquer devant la Cour de céans la **voie de fait** commise par l'Etat, telle qu'elle était définie depuis l'arrêt du **Tribunal des conflits** du 08 Avril 1935, **Action française** (Rec. 1226, concl. Josse), savoir **l'atteinte à une liberté fondamentale** ou au **droit de propriété manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration**.

II-B-1-b/ L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 SUR L'ORGANISATION DU CONSEIL D'ETAT, FONDEMENT TEXTUEL ET INCONSTITUTIONNEL DE LA THEORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT EXPRESSEMENT INVOQUEE, EN L'ESPECE, PAR L'ETAT

Le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion de préciser, à cet égard, « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* » (CC, décision n°2010-39 QPC du 06 Octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. consid. 2; CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau, consid. 4).

Il ne fait pas de doute, dès lors, compte du **visa** de l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 par les décisions d'incompétence rendues par le **Conseil d'Etat** (v. notamment CE, **18 Décembre 1891, VANDELET et FARAUT**: S. et P. 1893.3.129; **note Hauriou**; **10 Février 1893, THUBE-LOURMAND** : S. et P. 1894.3.134) que ce texte est **parfaitement applicable au litige et à la procédure**.

Ainsi, le **maître de Toulouse** fait-il observer dans son commentaire susvisé :

« (...) *Il n'est pas inutile de rechercher la base rationnelle de la **théorie des actes de gouvernement**. Il ne suffit peut-être pas de faire remarquer qu'elle s'appuie sur des textes comme l'art. 47 de la loi du 3 mars 1849, ou l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872, ou encore qu'elle est le dernier aboutissant d'une pratique qu'ont toujours suivie les gouvernements.* (...) » (*ibid.* p. 132).

On peut, encore, lire sous **CE, 18 Mars 1898, Conseil général du Sénégal**, au Recueil Sirey 1900, 3^o partie, p. 22 (cité par René CHAPUS in « *L'acte de gouvernement, monstre ou victime?* » Dalloz, 1958, chr. p. 5) :

« *Il est de jurisprudence constante que, par application des art. 9 et 26 de la loi du 24 mai 1872, les actes de gouvernement ne sont pas susceptibles de recours contentieux. V. Cons. d'Etat, 18 déc. 1891, Vandelet et Faraut (S. et P. 1893.3.129), et la note de M. Hauriou; 10 févr. 1893, Thubé-Lourmand (S. et P. 1894.3.134). Adde, Laferrière, Tr; de la jur. Adm. Et des rec. Cont., 2) éd., t. 2, p. 32 et s. (...)* »

Le **fondement textuel** de la théorie des actes de gouvernement est, de même, attesté par le **Doyen Paul DUEZ** :

« (...) *D'ordinaire lorsqu'on veut appuyer l'acte de gouvernement sur un texte législatif, on invoque l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 : 'Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas aux tribunaux administratifs.' Ces affaires, ce sont les actes de gouvernement qui doivent échapper à tout contrôle contentieux, aussi bien celui du juge administratif que celui du juge judiciaire. Et pour l'établir, on raisonne de la manière suivante : l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 est la reproduction de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, dont le rapporteur Vivien nous a donné le commentaire : 'Il est des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse...Dans un gouvernement représentatif, il est des circonstances où en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir*

politique. Les rendre justiciables des tribunaux administratifs, ce serait **paralyser une action** qui s'exerce en vue de l'intérêt commun.

Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque.' Il y a donc des actes qui échappent à tout recours contentieux; c'est ce que proclame l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, à la suite de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849.

(...)

Pendant, il reste en faveur de l'existence des actes de gouvernement, un argument d'importance : le Conseil d'Etat admettait déjà dans sa jurisprudence, l'acte de gouvernement, au moment où le texte législatif a été adopté; si le législateur avait voulu bannir l'acte de gouvernement, il se serait expliqué formellement à cet égard; son silence équivaut à un renvoi tacite à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

(...)

(**Paul DUEZ**, Les actes de gouvernement, 1935, Dalloz 2006, pp. 36-37)

Il est, ainsi, établi que **l'article 26 de la loi du 24 mai 1872** donne une **assise textuelle** – mais **non constitutionnelle** - aux décisions d'incompétence, même lorsque celles-ci ne le visent pas expressément, dès lors que cette disposition législative **toujours en vigueur cristallise un principe prétorien** dont l'origine et le développement jusqu'à nos jours entretiennent, comme l'a magistralement démontré, à la fin du dix-neuvième siècle, le **Doyen HAURIOU**, des liens intimes avec l'émergence et la pérennité du **contrôle de légalité** :

« (...) *La théorie des actes de gouvernement n'est pas très ancienne; on a remarqué avec raison qu'elle ne remontait guère au-delà des dernières années de la Restauration, ou même au-delà de la Monarchie de juillet; que, d'ailleurs, elle avait été pendant bien longtemps indistincte, flottante, qu'elle était passée inaperçue de beaucoup d'auteurs, et qu'elle n'avait pris quelque consistance que depuis vingt-cinq ou trente ans. Ce qu'il faut bien comprendre, c'est la raison de l'apparition de cette théorie et de son lent développement. Son histoire est liée à celle du progrès de la juridiction administrative et à celle de l'extension des recours contentieux, notamment des recours pour excès de pouvoir et à la suppression de la fiction de justice retenue.*

Comme cette théorie est une barrière élevée devant le juge du contentieux, il était naturel qu'elle fût mieux établie à mesure que les pouvoirs du juge augmentaient.

Pendant la Révolution, il n'y eut pas, à proprement parler, de contentieux ni de juge du contentieux, en ce sens que les réclamations contre les actes de la puissance publique étaient portées devant le gouvernement lui-même, le Conseil des ministres tant que dura la royauté, les comités exécutifs sous la Convention, les ministres chacun dans son département sous le Directoire, et ces réclamations avaient le caractère, non pas de recours contentieux, mais de simples recours gracieux (V. M. Laferrière, Tr. De la jurid. admin., t. 1er, p. 153). De sorte que, suivant des principes du recours gracieux, le gouvernement était libre de ne pas statuer sur la réclamation. Il usait évidemment de cette faculté dans les cas, où des réclamations auraient gêné sa liberté d'action, mais il n'y avait nul besoin de préciser ces cas, puisque le gouvernement était maître de la situation.

Lorsque le Conseil d'Etat fut réorganisé en l'an 8, et que les attributions juridictionnelles des ministres lui eurent été transportées, surtout lorsqu'en 1806 il fut créé un **comité spécial du contentieux** avec des règles de procédure, les choses se trouvèrent modifiées. Il y avait maintenant de **véritables recours contentieux**, et ces recours étaient portés devant **un juge** qui n'était plus tout à fait le gouvernement lui-même.

Cependant, il n'apparut pas tout de suite que cela pût être un danger pour l'indépendance du gouvernement. **Le Conseil d'Etat était très subordonné**; la justice qu'il rendait était une **justice retenue**, c'est-à-dire que ses arrêts devaient être revêtus de la signature du chef de l'Etat; théoriquement, celui-ci pouvait refuser de contresigner un arrêt ou le modifier. Le gouvernement de la Restauration, qui se défiait des traditions du Conseil d'Etat du premier Empire, semble avoir été le premier à entrevoir qu'il fallait peut-être élever une barrière devant lui, et les ordonn. du 29 juin 1814, art. 7, § 2 (S. 1er vol. des Lois annotées, p. 981) permettaient au roi d'**évoquer** devant le conseil des ministres, dit **conseil d'en haut**, 'toutes les affaires de l'administration qui se liaient à des **vues d'intérêt général**'.

Ce **droit d'évocation disparut avec la Restauration**, mais restait toujours le principe que les décisions du Conseil d'Etat devaient être **contresignées par le chef de l'Etat ou par le garde des sceaux**, et que celui-ci avait le **droit de les modifier**. Dans la grande loi organique du Conseil du 19 juill. 1845 (S. Lois annotées de 1845, p. 98), votée après une élaboration de quinze années, ce droit du gouvernement est encore consacré; seulement la modification ne peut être faite que sur l'avis du **conseil des ministres**. 'Si l'ordonnance n'est pas conforme à l'avis du Conseil d'Etat, elle ne peut être rendue que de l'avis du conseil des ministres; elle est motivée, et doit être insérée au Moniteur et au Bulletin des lois' (art. 24, § 3).

Ainsi, jusqu'en 1845, **la fiction de la justice retenue** put paraître une arme suffisante entre les mains du gouvernement pour empêcher le Conseil d'Etat d'aborder certaines discussions. D'après **M. Vivien**, rapporteur de la loi de 1845, le gouvernement n'avait jamais fait usage de son droit de modifier la décision du conseil. Mais, dans tous les cas, c'était une menace dont il pouvait jouer.

Cette ressource allait bientôt lui manquer. A mesure que le Conseil d'Etat grandissait, la fiction de la justice retenue devenait insoutenable.

Les ordonn. de 1830, en établissant la publicité des audiences et un ministère public, avaient achevé d'entourer le conseil des **garanties de juridictions ordinaires**. Il devenait évident que, comme la juridiction ordinaire, il avait droit à des attributions propres et à une **justice déléguée**. On sait que cette **réforme**, accomplie une première fois dans la **loi du 3 mars 1849** (S. Lois annotées de 1849, p. 8 – P. Lois, décr., etc., de 1849, p. 475), ne survécut pas au coup d'Etat, mais qu'elle **fut réalisée définitivement par la loi du 24 mai 1872**, (S. Lois annotées de 1872, p. 210. - P. Lois, décr., etc., de 1872, p. 359). - D'ailleurs, sous le second Empire on n'osa pas user du droit de modifier les décisions, de sorte que pratiquement on peut considérer le principe de la justice retenue comme mort depuis la Révolution de 1848.

Dans notre pensée, et nous croyons que c'est aussi l'opinion de M. Laferrière (op. Cit., t. 1er, p. 218), **la formation de la théorie de l'acte de gouvernement a été une conséquence de cette disparition de la justice retenue**.

La loi du 3 mars 1849 (ubi supra), qui a pour la première fois supprimé cette fiction, porte cette réserve dans son art. 47 : 'Le ministre de la justice a le droit de revendiquer devant le Tribunal spécial des conflits, organisé par l'art. 89 de la Constitution, les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif'. La loi du 24 mai 1872, art. 26, reproduit cette disposition en termes presque identiques.

*Ce n'est plus, comme sous la Restauration, l'évocation possible de certaines affaires devant le conseil des ministres, mais c'est l'évocation devant le **Tribunal des conflits, tribunal gouvernemental** dont les **décisions sont signées par le garde des sceaux** (Règl. 26 oct. 1849, art. 9, S. Lois annotées de 1849, p. 131. - P. Lois, décr., etc., de 1849, p. 652).*

(...)

*Ces textes, destinés à amener le **dessaisissement du Conseil d'Etat**, n'ont jamais servi, parce que, spontanément, le Conseil s'est abstenu de statuer dans un certain nombre d'hypothèses où le gouvernement le lui a demandé.*

*Et c'est ainsi, par la jurisprudence du Conseil d'Etat lui-même, que s'est établie la **théorie de l'acte de gouvernement**.*(...)

(note **Maurice HAURIOU** ss. **Cons. d'Etat, 18 déc. 1891, Vandelet et Faraut** précité (S. et P. 1893.3, pp.130-131)

(v. également, dans le même sens, les actuelles et éclairantes observations du **Professeur Norbert ROULAND** sur les mécanismes de **l'exercice du pouvoir au sein de la classe politico-administrative française**, Anthropologie juridique, PUF 1988, pp. 405-406, cité dans le **mémoire en réplique n°2** des requérants en date du 16 Mars 2012, § **II-A-2-a**, pp. **69/294 – 70/294** ou, encore, **Julien HENNINGER, Marbury v. Madison, un arrêt fondateur, mal fondé**, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, mettant en évidence, de façon inédite, un aspect méconnu du **contrôle de constitutionnalité** exercé par la **Cour Suprême des Etats-Unis (judicial review)**, lequel repose, à l'origine, sur une erreur d'interprétation de la Constitution (**misquotation**) volontairement commise par son président, le **Chief justice MARSHALL**, aux fins d'éviter un affrontement avec le Gouvernement républicain nouvellement installé, tout en imposant, dans le principe, son contrôle juridictionnel des lois fédérales, principe dont l'application, en l'espèce, lui permet de se dispenser d'adresser au Secrétaire d'Etat **James MADISON** l'injonction de délivrer l'acte d'affectation auquel avait, pourtant, droit le Juge **William MARBURY**).

Cependant, la théorie des actes de gouvernement qui ne s'accorde que très mal avec le développement de **l'Etat de droit**, ne correspond plus aux préoccupations ni aux nécessités du **21^o siècle** en termes de **protection juridictionnelle** garantie par l'article **16 DDH**. Le **besoin normatif** et **l'aspiration à vivre dans une Société démocratique** ne tolèrent plus que les **droits fondamentaux** soient sacrifiés sur l'autel de la **raison d'Etat**, contre laquelle, déjà, **Odilon BARROT**, Ministre de la justice, s'était élevé lors de la discussion de la **loi du 03 Mars 1849**, en rejetant l'idée d'actes soustraits à tout recours juridictionnel.

Dans une **conception réellement démocratique de la République**, la théorie de l'acte de gouvernement – qui ne s'explique que par des **motifs politiques** – aurait dû totalement disparaître à la faveur de la jurisprudence **Prince Napoléon** du 19 Février 1875, célèbre arrêt par lequel le **Conseil d'Etat** a abandonné la **théorie du mobile politique** et marquant « *ainsi une étape extrêmement importante dans l'extension du contrôle des actes administratifs par le Conseil d'Etat.* » (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 18° édition 2011, n°3, p. 18). Depuis cette date, comme susdit, le but politique sera, au rebours, retenu comme un moyen d'annulation pour **détournement de pouvoir** ou **erreur de droit** (v. notamment **CE, Ass. 28 Mai 1954, Barel**, Rec. 308, concl. Letourneur).

De plus, les deux siècles passés ont suffisamment consolidé les bases de la construction jurisprudentielle pour mettre à l'abri le Conseil d'Etat d'une remise en question de son existence par le Gouvernement. L'acte de gouvernement ne peut plus, dès lors, servir de justification au développement du **contrôle de légalité**, mais à l'inverse constitue, aujourd'hui, un **facteur pernicieux de son déclin**.

En outre, le **contrôle de légalité ne peut pas conduire à une paralysie de l'action gouvernementale** quand, comme en l'espèce, il n'est exercé que pour **rappeler à l'exécutif ses engagements constitutionnels et supranationaux**, donc ses **engagements à agir** dans le sens d'une **protection juridictionnelle effective** des personnes placées sous la juridiction de la France. L'injonction adressée au **Premier ministre**, ès qualités – **et non pas au Parlement** – n'est que **l'explicitation de la chose jugée**, elle-même dictée par les normes constitutionnelles et du droit de l'Union européenne.

Il n'en demeure pas moins que **cent quarante années de jurisprudence administrative** ont conféré à l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 une portée dont les requérants ont le droit de **contester la constitutionnalité**, au soutien de leur demande dont est compétemment saisie, aujourd'hui, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence tendant à **faire délivrer injonction à Monsieur le Premier ministre de déposer un projet de loi de transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008** (**CC, décision n°2010-39 QPC du 06 Octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.** consid. 2; **CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau**, consid. 4).

*

Il résulte de ce qui précède qu'en invoquant, au soutien de son moyen d'incompétence, la **théorie des actes de gouvernement**, l'Etat a délibérément introduit dans **l'objet du litige** l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 dont il demande implicitement, mais nécessairement – malgré ses dénégations infondées – l'application aux faits de l'espèce.

La disposition législative attaquée est donc bien **applicable au litige et à la procédure**, au sens de l'article **23-2, alinéa 1er, 1°** de la LOCC, contrairement aux **allégations non motivées** de Monsieur le Premier ministre.

Cette condition se vérifie, encore, si l'on considère les suites procédurales devant le **Tribunal des conflits**.

.../...

II-B-1-c/ LE DROIT CONSTITUTIONNEL A UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE GARANTI PAR L'ARTICLE 16 DDH EXIGE LA POSITION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE NOTAMMENT EN CAS DE SAISINE DU TRIBUNAL DES CONFLITS: L'APPLICABILITE DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 A LA PROCEDURE DONT EST SAISIE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

S'il est vrai que le juge judiciaire, comme sus-énoncé, ne peut se déclarer incompétent au motif d'acte de gouvernement (v. **assignation** des 19-20 Février 2013, § **II-A-4-b, 2°**), il n'en demeure pas moins que l'article **92, alinéa 1er** CPC ouvre la faculté au juge de **prononcer d'office son incompétence** « *en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas.* ». L'alinéa second du même texte précise que « *Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française.* »

Or, d'une part, après avoir été régulièrement assignés respectivement les 19 et 20 Février 2013, **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** et **Monsieur le Premier ministre** – qui, il est vrai, ne s'étaient pas manifestés auprès des requérants ou de leur Avocat, ont comparu à l'audience publique du 15 Mars 2013 à 08h30, à laquelle un représentant de la Préfecture des Bouches-du-Rhône s'est présenté. Les deux autorités étatiques ont, ensuite, fait le choix de comparaître par **Maître Bruno LOMBARD** qui les représente devant la Cour.

D'autre part, comme le relève pertinemment la Doctrine récente, « (...) **il ne faut pas confondre compétence d'ordre public et compétence exclusive**. Les deux notions ne sont pas synonymes. **En effet, toutes les règles de compétence exclusive ne sont pas pour autant d'ordre public**. Cette dernière qualification est reconnue par les textes, et le plus souvent par la jurisprudence, à certaines règles de compétence relatives à des matières dont la connaissance a été attribuée à telle juridiction en raison du caractère très spécifique de la procédure ou d'une matière qui relève plus de l'intérêt général que de celui des parties (par exemple les procédures collectives ou l'état des personnes). Certes, les règles de compétence exclusives et d'ordre public obéissent aux mêmes principes en ce qui concerne la prohibition des prorogations de compétence matérielle mais la différence est essentielle en ce qui concerne l'application des dispositions de l'article **92** du Code de procédure civile. (...) **Dès lors, lorsqu'une matière relève de la compétence exclusive, mais non d'ordre public, d'une juridiction, seules les parties peuvent soulever l'incompétence.** (...) » (**Catherine TIRVAUDEY-BOURDIN**, Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté, membre du Centre de recherche juridique de Franche-Comté, *Juris-Classeur procédure civile*, fasc. 212, prorogation de compétence, initiative des parties, mécanisme légal, § 45).

La distinction à bon droit opérée par la Doctrine entre **compétence d'ordre public** et **compétence exclusive** est confirmée par le droit positif.

Ainsi, l'article **L. 213-6** du Code de l'organisation judiciaire (ci-après « COJ ») qui, dans son **alinéa 1er** dispose que « *Le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* » est utilement complété par l'article **10** du

décret n°92-755 du 31 Juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution aux termes duquel « *Les règles de compétence prévues au présent décret sont d'ordre public.* » et par l'article **8** du même **décret** qui précise que « *Tout juge autre que le juge de l'exécution doit relever d'office son incompétence.* »

Comme on le voit, la **faculté** de l'article **92** du CPC se transforme pour le juge, en la matière, en **obligation**: s'il est saisi d'une **difficulté relative à un titre exécutoire** ou d'une **contestation s'élevant à l'occasion de l'exécution forcée**, il **doit** relever d'office son incompétence au profit du juge de l'exécution.

Précisément, si le pouvoir réglementaire a dû préciser à l'article **10** du **décret** n°92-755 du 31 Juillet 1992 susvisé que « *Les règles de compétence (y) prévues () sont d'ordre public.* » c'est bien parce que la **compétence exclusive** du juge de l'exécution posée par le législateur à l'article **L. 213-6** du COJ n'impliquait pas nécessairement son caractère **d'ordre public**. En effet, a contrario, s'il y avait identité entre compétence exclusive et compétence d'ordre public, la précision réglementaire relative à l'ordre public aurait été superfétatoire.

On rejoint, ici, le commentaire doctrinal: dire que « *toutes les règles de compétence exclusive ne sont pas pour autant d'ordre public* » signifie que *l'ensemble des règles de compétence d'ordre public* est **compris** dans *l'ensemble des règles de compétence exclusive*, mais ne le recouvre pas. Si du caractère **d'ordre public** d'une règle de compétence d'attribution on peut déduire qu'elle attribue **compétence exclusive** à une juridiction, l'inverse n'est pas vrai. Certaines règles donnent compétence exclusive à un juge, sans que ces règles soient d'ordre public.

Autrement dit, **l'ordre public connote la compétence exclusive (désignation en compréhension)** dont il constitue le **noyau dur**, de même que la **compétence exclusive dénote** notamment **l'ordre public (désignation en extension)**.

L'ordre public se définissant de façon négative, en vertu de l'article **6** du Code Civil (« *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.* »), comme **ce à quoi on ne peut déroger**, il s'en déduit que si le juge a reçu de l'article **92** du CPC la **faculté** de principe – pouvant se transformer en **obligation** (article **8** du **décret** n°92-755 du 31 Juillet 1992 précité; article **1038** CPC relatif à l'exception d'incompétence en matière de **nationalité** des personnes physiques; article **1406** CPC en matière d'**injonction de payer**) - de soulever d'office son incompétence en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution **d'ordre public**, c'est parce que l'affaire qui lui est soumise à tort est **nécessairement** – en vertu du même texte ou d'un texte distinct - de la **compétence exclusive** d'une autre juridiction qu'il doit désigner en vertu de l'article **96, alinéa 2** du CPC et à laquelle le dossier de l'affaire est transmis à défaut de contredit, selon la procédure réglementée par l'article **97** du CPC.

En effet, dans l'hypothèse inverse d'une **compétence concurremment partagée** par deux juridictions de même degré, les règles de **compétence** s'effacent au profit de celles qui s'appliquent à la **litispendance** telles que prévues par l'article **100** du CPC (« *la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office.* ») qui **fait prévaloir la chronologie** de la saisine puisque dans cette occurrence il n'y a plus d'**exclusivité** de compétence matérielle.

Conférer le caractère d'**ordre public** à une règle de **compétence d'attribution** relève dès lors d'un **choix normatif** du législateur ou du pouvoir réglementaire autonome (compétent en matière de procédure civile en application des articles **34** et **37** de la Constitution du 04 Octobre 1958) lorsqu'il lui apparaît de **l'intérêt d'une bonne administration de la justice** de conférer au juge la **faculté**, voire **l'obligation** de relever d'office son incompétence au profit d'une autre juridiction bénéficiant d'une **compétence exclusive**.

Or, comme établi dans l'**assignation en référé** signifiée les 19 et 20 Février 2013 (§ **II-A-4-c**, pages **182-183/319**) il existe, en l'espèce, une **compétence concurrente** des ordres judiciaire et administratif dès lors que **la voie de fait résulte d'une décision**, savoir **le refus de transposer la décision-cadre** du 28 Novembre 2008 (**TC, 27 Juin 1966, Guigon**, Dalloz Sirey 1968, jur. p. 8).

Il ne peut, en conséquence, être sérieusement soutenu que la saisine du juge judiciaire des référés procéderait d'une violation d'une règle de compétence d'attribution, ni que cette règle serait d'ordre public, dès lors que la compétence du juge administratif **n'est pas, dans le cas d'espèce, exclusive, mais concurrente de celle du juge judiciaire**.

Pendant, les dispositions de l'article **34** du **décret** du 26 Octobre 1849 réglant les formes de procéder du **Tribunal des conflits**, dans sa rédaction issue du **décret** n°60-728 du 25 Juillet 1960 – dont la finalité est d'**empêcher un conflit négatif d'attribution** et, donc, un **déni de justice** prohibé par l'article **16 DDH**, incitent à la prudence.

En effet, aux termes de ce texte :

*« Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, **décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient** au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, **toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal.** »*

C'est dire que si, par extraordinaire, malgré les moyens et arguments développés dans le **présent mémoire** (notamment § **II-B-1-a, 3°**), comme dans l'**assignation** des 19-20 Février 2013 et les **conclusions d'appelants** du 12 Juillet 2013 établissant l'existence d'une **voie de fait** conférant **compétence concurrente aux deux ordres de juridiction**, la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** estimait – notamment au vu de l'**arrêt** rendu le 17 Juin 2013 par le **Tribunal des conflits** (**M. B... c/ ERDF Annecy Léman**, n°C 3911) - que le présent litige ressortit exclusivement à **l'ordre juridictionnel administratif**, elle aurait l'obligation, en vertu du texte précité, de **renvoyer la question de compétence au Tribunal des conflits** et de surseoir à toute procédure dans l'attente que celle-ci soit tranchée.

Or, l'expérience juridictionnelle et la jurisprudence (v. notamment l'affaire dite de **Radio-Andorre**: **TC, 02 Février 1950**) révèlent que le moyen tiré de **l'acte de gouvernement** peut être – sinon en droit, du moins en fait - soulevé par le pouvoir exécutif devant le **Tribunal des conflits** :

.../...

« (...) 20. (...) La Radiodiffusion française avait, sur les injonctions du Gouvernement français, organisé le brouillage systématique des émissions en provenance du poste de Radio-Andorre. Saisi par une société française concessionnaire de la publicité du poste, le juge des référés de la Seine releva dans les agissements de la Radiodiffusion française une voie de fait entraînant compétence de l'autorité judiciaire et enjoignit au directeur de la Radiodiffusion française de mettre fin aux opérations de brouillage. La Cour d'appel de Paris confirma cette décision (106 - Paris, 24 mai 1949 : Gaz. Pal. 1949, 2, 139).

Il est à noter que, **ni devant le juge des référés, ni devant la Cour d'appel, le directeur de la Radiodiffusion n'avait fait valoir l'immunité juridictionnelle conférée aux actes de gouvernement.** C'est à bon droit que, selon nous, les juridictions civiles saisies s'étaient abstenues de relever d'office l'existence d'un acte de gouvernement. D'abord parce que celle-ci était fort douteuse (107 - cf. concl. de M. le Commissaire du Gouvernement Odent devant le Tribunal des Conflits). Ensuite et surtout parce que l'acte de gouvernement est une 'survivance de la raison d'Etat' (108 - cf. A. Gros, *Survivance de la raison d'Etat*, Thèse Paris 1933 et le rapport de Vivien sur l'article 47 de la loi du 3 mars 1849, texte repris par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 (cité par M. Waline, *op. cit.*, p. 97) et que ce n'est pas le rôle des tribunaux (au moins des tribunaux judiciaires) d'invoquer l'existence de la raison d'Etat alors que le Gouvernement s'abstient de le faire. La soustraction des actes de gouvernement à tout contrôle juridictionnel est une prérogative de l'Administration (109 – Le texte législatif auquel on rattache l'existence des actes de gouvernement est l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 dont la teneur évoque une prérogative : 'Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas aux tribunaux administratifs.' Selon les travaux préparatoires (v. note précédente), il s'agirait des 'actes de gouvernement' dont les ministres peuvent 'revendiquer' la connaissance exclusive par l'Administration active à l'exclusion de tout contrôle juridictionnel) et les tribunaux de l'ordre judiciaire n'ont pas à en faire état d'office.

Ce n'est que devant le Tribunal des Conflits que l'Administration fit valoir que l'opération de brouillage se rattachait à la conduite des relations internationales et constituait un acte de gouvernement. Le Tribunal des Conflits, contre l'avis de son commissaire du Gouvernement, admit cette thèse et confirma l'arrêté de conflit (110 – Référence supra note 28 : Paris, 24 mai 1949, 2, 139. Cet arrêt a donné lieu à un arrêté de conflits confirmé par la décision du Tribunal des Conflits citée plus haut, note 17 (Trib. Conflits, 2 févr. 1950, Sté de Gérance : Gaz. Pal. 10 mars 1950. Cet arrêt sera prochainement publié à la Semaine juridique avec une note de M. Jean Rivero : J.C.P. 50, II, 5542). Mais on verra (infra n°20) que l'arrêt de la Haute juridiction ne contredit pas l'existence d'une voie de fait en l'espèce.). Cet arrêt est d'ailleurs l'une des rares décisions où l'on voit la procédure du conflit utilisée dans l'esprit de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 (111 - Supra note 109), c'est-à-dire non pour restituer un litige aux tribunaux administratifs, mais pour le soustraire à tout contrôle juridictionnel (112 – Sans doute, la confirmation d'un arrêté de conflit a-t-elle en principe le sens d'une déclaration de compétence de l'autorité administrative et de l'infirmité de la compétence de l'autorité judiciaire, ce qui n'est pas identique à un renvoi au juge administratif. (Sur la nature des arrêtés de conflit, cf. F. Luchaire, *Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif d'attributions* : Rev. Dr. Pub. 1946, p. 369). Mais dans tous les cas (à l'exception de celui qui nous occupe) la confirmation des arrêtés de conflit par la Haute Juridiction conduit, en fait, à reconnaître la compétence du juge administratif.).

L'espèce offre ainsi de multiples intérêts sur lesquels on n'a pas le loisir de s'étendre. Notons seulement d'abord la particularité curieuse qu'elle présente : l'arrêt du Tribunal des Conflits ne comporte pas, à notre sens, de désapprobation des solutions admises par le Tribunal Civil et la Cour d'Appel puisque, comme on l'a dit, celles-ci ne pouvaient pas et ne devaient pas relever l'acte de gouvernement tant que l'Administration ne l'avait pas elle-même fait. En outre (et ceci nous intéresse directement), on voit dans cette espèce le contentieux de la voie de fait être paralysé (comme tout autre contentieux d'ailleurs) par la théorie des actes de gouvernement. (...)

(**Doyen Georges VEDEL**, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, JCP I, 851).

« (...) *Il serait d'ailleurs paradoxal que le gouvernement, auquel l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 – toujours en vigueur – confère le droit de faire interdire par le Tribunal des conflits au Conseil d'Etat de connaître d'un acte de gouvernement, fût désarmé en une même occurrence à l'égard des tribunaux judiciaires et ne disposât pas d'une procédure corrélative d'interdiction. (...)*» (Commissaire du gouvernement **ODENT**, conclusions ss **TC, 02 Février 1950, RADIO-ANDORRE**).

Cependant, comme le fait justement observer la Doctrine autorisée (**QPC - LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE**, pratique et contentieux, sous la direction de **Xavier MAGNON**, avec **Valérie BERNAUD**, **Karine FOUCHER**, **Jean-Pierre MIGNARD** et **Thierry S. RENOUX** - Litec LexisNexis 2011, § 114, pp.185-186), aucun texte de droit positif ne prévoit la possibilité de poser la QPC devant le **Tribunal des conflits**, dès lors que celui-ci ne relève ni du **Conseil d'Etat** ni de la **Cour de cassation**, mais, à l'inverse, dont les décisions s'imposent à l'une comme à l'autre des deux juridictions suprêmes (article **39** du **décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du **Tribunal des conflits**, dans sa rédaction issue du **décret n°60-728 du 25 Juillet 1960**).

C'est, de surcroît, ce que juge le **Tribunal des conflits** lui-même (**TC 04 Juillet 2011, n°C 3803**) :

« (...) *Sur la question prioritaire de constitutionnalité :*

Considérant qu'il résulte de la combinaison de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-1 de l'ordonnance n°58-1607 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, issu de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, qu'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être présentée que devant les juridictions qui relèvent du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation; que dès lors, une telle question ne peut être présentée devant le Tribunal des conflits; qu'ainsi la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. A est en tout état de cause irrecevable; (...) »

C'est dire que dans l'hypothèse de saisine du **Tribunal des conflits**, le Gouvernement aurait tout loisir de persister dans le moyen soulevé devant le juge judiciaire des référés et d'invoquer la **théorie des actes de gouvernement**, sans que les requérants aient, en contrepartie, la possibilité de combattre efficacement cette exception en posant, devant cette Haute juridiction, la **question prioritaire de constitutionnalité** de l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872**. Une telle situation serait, partant, constitutive d'une **rupture d'égalité** dans l'accès au **recours juridictionnel effectif**, ce que condamne manifestement l'article **16 DDH**.

La pertinence de la QPC est d'autant plus évidente que la disposition législative qu'elle attaque est expressément visée par l'article **39** précité du **décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du **Tribunal des conflits**, dans sa rédaction issue du **décret n°60-728 du 25 Juillet 1960**, aux termes duquel :

« La décision du Tribunal des conflits rendue sur renvoi s'impose à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Elle fait obstacle à ce que le conflit positif d'attributions puisse être ultérieurement élevé sur la question jugée par cette décision. Elle s'oppose également à ce que le ministre de la justice puisse, sur cette question, user de la procédure prévue à l'article 26 de la loi du 24 mai 1872. »

En revanche, aucune norme ne s'oppose à ce que la transmission à la **Cour de cassation** de la **QPC** de l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** s'accompagne de la saisine du **Tribunal des conflits**, en application de l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du **Tribunal des conflits**, dans sa rédaction issue du **décret n°60-728 du 25 Juillet 1960**.

En effet, l'article **23-3, alinéa 1er** LOCC dispose :

« Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instance n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. »

*

Il est, ainsi, clairement établi, quels que soient les cas de figure, que l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** est bien **applicable au litige et à la procédure**, au sens de l'article **23-2, alinéa 1er, 1°** de la LOCC.

**II-B-2/ L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 N'A FAIT L'OBJET
D'AUCUNE DECLARATION DE CONFORMITE A LA CONSTITUTION PAR LE
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

Comme le révèle le tableau publié sur le **site officiel** du Conseil Constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr), les dispositions législatives litigieuses n'ont fait l'objet, à ce jour, d'**aucune déclaration de constitutionnalité** par le Conseil Constitutionnel.

II-B-3/ LA QUESTION DE LA CONSTITUTIONNALITE DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 PRESENTE UN CARACTERE SERIEUX

L'analyse de l'atteinte par l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 aux droits et libertés que la Constitution garantit (II-B-3-b) nécessite que soient exposées les normes de référence constitutionnelles présentement invoquées (II-B-3-a).

II-B-3-a/ LES NORMES DE REFERENCE CONSTITUTIONNELLES INVOQUEES

Il s'agit:

- des articles 2, 6, 13, 16 et 17 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (DDH)**;

- de la **liberté en général comme droit naturel de l'homme** (articles 4 et 5 DDH);

- du **droit à la justice** et des **droits de la défense** (article 16 DDH);

- de la **liberté d'expression** (article 11 DDH);

- de l'article 34 de la **Constitution du 04 Octobre 1958** fixant, en partie, le domaine de la loi;

- du **principe d'égalité** (article 6 DDH et article 1er de la **Constitution du 04 Octobre 1958**; cf, spécialement pour la **partie civile CC, décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010, Région Languedoc-Roussillon et autres**).

- du **droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi** (article 6 DDH);

- du **droit de résistance à l'oppression** (art. 2 DDH);

- des articles 88-1 et 88-2 de la **Constitution du 04 Octobre 1958**.

II-B-3-a-i/ LA LIBERTE, DROIT NATUREL DE L'HOMME

Article 4 DDH:

« *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

Article 5 DDH:

« *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* »

De ces deux textes qui fondent **la liberté comme principe**, on tire que le législateur ne doit pas, dans l'exercice de sa compétence, apporter à la liberté ou aux libertés des atteintes injustifiées (CC, 16 Juillet 1971, déc. n°71-44 DC, Liberté d'association; CC, 12 Janvier 1977, déc. n°76-75 DC, Fouilles des véhicules; CC, 13 Août 1993, déc. n°93-325 DC, Maîtrise de l'immigration).

C'est dire que la réglementation d'une liberté par le législateur « *ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à garantir son exercice* » (CC, 27 Juillet 1982, déc. n°82-141 DC: Rev. Cons. const. p. 48).

II-B-3-a-ii/ LE DROIT A LA JUSTICE ET LES DROITS DE LA DEFENSE

Aux termes de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « DDH »):

*« Toute société dans laquelle la **garantie des droits** n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »*

C'est de ce texte à **valeur constitutionnelle** que procèdent le **droit à la justice** et les **droits de la défense** dont le **Conseil Constitutionnel** a précisé qu'ils concernaient tant **la personne du justiciable** qui en est titulaire que **celle de son Avocat** qui les met en oeuvre à titre professionnel:

*« (...) Considérant que, même si la mesure que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une **simple mesure de police de l'audience** et ne revêtait pas celui d'une **sanction disciplinaire**, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat **n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment** et alors qu'il a donc rempli son **rôle de défenseur**, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux **droits de la défense** qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;(...) » (CC, 19-20 Janvier 1981, décision n°80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. 52; **article de Maître Philippe KRIKORIAN « Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur »**, publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007, pp. 3 à 8, sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère; CC, déc. n°2010-14/22 QPC du 30 Juillet 2010, M. Daniel W. et autres, consid. 24).*

C'est bien dire que **droits de la défense** et **prérogatives de défense de l'Avocat** sont **consubstantiels** et ont tous deux **valeur constitutionnelle**, ce que reconnaît le **sixième amendement** à la **Constitution des Etats-Unis** depuis 1791:

« Dans toutes les poursuites criminelles (criminal prosecutions), l'accusé aura droit à un jugement rapide et public par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été commis, lequel district ayant auparavant été déterminé par la loi, et il aura le droit d'être informé de la nature et du motif de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à charge, de bénéficier d'une procédure obligatoire de citation de témoins à décharge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense. »

L'étroitesse des rapports entre l'Avocat et son client, sous l'angle des **droits de la défense**, est encore rappelée par la **Cour de justice de l'Union européenne**:

« (...) 32 *L'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate, et celui-ci serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la CEDH, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure.*(...) » (19).CJCE, 26 Juin 2007, **Ordre des barreaux francophones et germanophone et a. c/ Conseil des ministres**, n° C-305/05).

Il y a lieu d'ajouter, en outre, que les **droits de la défense** sont ouverts non seulement à la **personne accusée**, mais également à la personne lésée par une infraction pénale et donc à la **partie civile**.

Ainsi, l'article 575 du Code de procédure pénale est **déclaré contraire à la Constitution** par le Conseil constitutionnel et, en conséquence, **abrogé** depuis le 23 Juillet 2010, aux motifs que cette disposition « *a pour effet, en l'absence de pourvoi du ministère public, de priver la partie civile de la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction statuant sur la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure; qu'en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense; que par suite, l'article 575 de ce code doit être déclaré contraire à la Constitution;* (...) » (**CC, décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010 – Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres**).

Il convient d'indiquer, à ce propos, que **la prééminence du principe du contradictoire** a été consacrée aussi bien par le **Conseil d'Etat** que le **Conseil Constitutionnel** qui voient dans le **caractère contradictoire** de la procédure un **principe général du droit** (**CE 11 Octobre 1979** : D. 1979, p. 606, note Bénabent; JCP G 1980, II, 19288, note Boré; Gaz. Pal. 1980, 1, p. 6, note Julien; **C. Const. 13 Novembre 1985** : Rec. Cons. Const. p. 116) auquel seule la loi – et non le pouvoir réglementaire – peut, le cas échéant, apporter certains aménagements, le **Conseil Constitutionnel** considérant même, plus récemment, que **les droits de la défense** – étant précisé, comme le fait justement remarquer le **Professeur Gérard COUCHEZ** in Juris-Classeur procédure civile, fasc. 114, § 4, p. 3, qu'il s'agit de la **défense de chacune des parties** – sont « *un droit fondamental à caractère constitutionnel* » (**C. Const. 13 Août 1993** : Justices janv. 1995, p. 201, obs. Molfessis).

De surcroît, le **Conseil constitutionnel** dont les décisions, en vertu de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution, « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » a consacré, à l'occasion de l'examen de la **loi organique n°2009-1523 du 10 Décembre 2009**, la **valeur constitutionnelle du droit de tout justiciable de poser une question prioritaire de constitutionnalité**:

« (...) 3. **Considérant, d'une part, que le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit; qu'il a confié au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité; qu'il a, enfin, réservé au Conseil constitutionnel la compétence pour statuer sur une telle question et, le cas échéant, déclarer une disposition législative contraire à la Constitution;**

4. **Considérant, d'autre part, que la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; qu'il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en oeuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité; (...) »**

(CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 3 et 4).

Ce principe de droit à **valeur constitutionnelle interdit au législateur d'entraver le libre exercice du droit de poser une QPC** au soutien d'une demande.

II-B-3-a-iv/ LE DROIT A LA LIBERTE D'EXPRESSION (art. 11 de la DDH)

Art. 11 DDH:

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

II-B-3-a-v/ L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUTION DU 04 OCTOBRE 1958

Ce texte dispose:

« La loi fixe les règles concernant (...) « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; (...) l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures.

La loi détermine les principes fondamentaux (...) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales; (...) »

II-B-3-a-vi/ LE PRINCIPE D'EGALITE

Aux termes de l'article 6 DDH, la loi *« doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »*

Quant à l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958, il n'est pas moins clair quant au principe consacré en disposant que la France *« assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. »*

II-B-3-a-vii/ LE DROIT DES CITOYENS DE CONCOURIR PERSONNELLEMENT A LA FORMATION DE LA LOI (ART. 6 DDH)

Il est expressément consacré par l'article 6 DDH :

« La loi est l'expression de la volonté générale.

Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. (...) »

II-B-3-a-viii/ LE DROIT DE RESISTANCE A L'OPPRESSION (ART.2 DDH) :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

**II-B-3-a-ix/ LES ARTICLES 88-1 ET 88-2 DE LA CONSTITUTION DU
04 OCTOBRE 1958**

Art. **88-1**: « *La République participe à l'Union européenne constituées d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.* »;

Art. **88-2**: « *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne.* »,

dispositions constitutionnelles qu'appliquent tant le **Conseil constitutionnel** (**CC**, décision n°2010-605 DC du 12 Mai 2010, **Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne**) que le **Conseil d'Etat** (**CE**, Ass., 30 Octobre 2009, **Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348).

**II-B-3-b/ L'ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTES QUE LA
CONSTITUTION GARANTIT**

Elle résulte, en l'espèce, de la **violation** par l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 :

1°) du droit constitutionnel à un recours juridictionnel effectif (art. 16 DDH - II-B-3-b-i);

2°) du droit au respect de la dignité humaine (alinéa 1er du Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946 - II-B-3-b-ii);

3°) du principe constitutionnel d'égalité (article 6 DDH; article 1er et 2 de la Constitution du 04 Octobre 1958 - II-B-3-b-iii).

4°) Les dispositions législatives attaquées sont, en outre, entachées d'incompétence négative (II-B-3-b-iv).

En effet, le **Conseil constitutionnel** juge « (...) *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit;* » (...) » (**CC, Décision n°2010-33 QPC du 22 Septembre 2010, Société Esso SAF, consid. 2**), condition remplie, en l'espèce.

II-B-3-b-i/ LA VIOLATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL A UN RECOURS JURIDICTIONNEL EFFECTIF DONT PROCEDENT LE DROIT DE POSER UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE ET LE DROIT DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE (ART. 16 DDH ET ART. 88-1 DE LA CONSTITUTION DU 04 OCTOBRE 1958)

Le **droit à un recours juridictionnel effectif** est garanti par l'article 16 DDH 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.* »

Ce **droit** peut, de la même façon, être invoqué à l'appui d'une **question prioritaire de constitutionnalité** (CC, décision n°2010-19/27 QPC du 30 Juillet 2010, consid. 6; CC, décision n°2010-38 QPC du 29 Septembre 2010, consid. 3; CC, décision n°2010-69 QPC du 26 Novembre 2010, consid. 4).

C'est sur le fondement de cette **norme constitutionnelle** que le **Conseil d'Etat** a récemment renvoyé au Conseil constitutionnel la QPC des dispositions législatives instaurant un droit de 150 € en appel et une contribution pour l'aide juridique de 35 € (CE, 03 Février 2012, Maître Philippe KRIKORIAN et Confédération Force Ouvrière, n°354363-354475).

1. LA VIOLATION DU DROIT DE POSER UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

Comme susdit, le **Conseil constitutionnel** dont les décisions, en vertu de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution, « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » a consacré, à l'occasion de l'examen de la **loi organique** n°2009-1523 du 10 Décembre 2009, la **valeur constitutionnelle du droit de tout justiciable de poser une question prioritaire de constitutionnalité**:

« (...) 3. *Considérant, d'une part, que le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit; qu'il a confié au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité; qu'il a, enfin, réservé au Conseil constitutionnel la compétence pour statuer sur une telle question et, le cas échéant, déclarer une disposition législative contraire à la Constitution;*

4. *Considérant, d'autre part, que la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; qu'il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en oeuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité; (...) »*

(CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 3 et 4).

Ce principe de droit à valeur constitutionnelle **interdit au législateur d'entraver le libre exercice du droit de poser une QPC** au soutien d'une demande.

Or, étant un moyen présenté à l'occasion d'une instance, il est évident que si la demande principale n'est pas examinée au fond au motif d'incompétence de la juridiction saisie, la QPC qui suit le même régime juridique que la demande au soutien de laquelle elle est posée, sera, elle-même écartée comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Ce serait, cependant, entacher la décision d'incompétence de **diallèle (pétition de principe indirecte)** dès lors **qu'une norme objet d'un recours juridictionnel – ici, la QPC - ne saurait, à l'évidence, faire obstacle à l'exercice effectif dudit recours**. Tout moyen opposé à une demande tendant, dans le respect des règles constitutionnelles, à faire invalider la norme litigieuse, devrait être déclaré **irrecevable** en application de l'article **16 DDH**.

Dans ces conditions, l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** viole, manifestement, le **droit à un recours juridictionnel effectif** garanti par l'article **16 DDH** et l'article **61-1** de la **Constitution du 04 Octobre 1958** dont procède le **droit constitutionnel de poser une QPC**, dès lors qu'en application – implicite ou explicite - des dispositions législatives litigieuses par la juridiction saisie, la QPC sera rejetée pour irrecevabilité ou incompétence et ne sera, donc, pas examinée pour des **raisons autres** que celles tirées de l'article **23-1** de la **LOCC** qui fixe, **de façon limitative**, les **conditions de recevabilité** du moyen de QPC qui doit être présenté, comme en l'espèce, par « *écrit distinct et motivé* », sans que la loi ordinaire puisse ajouter à ce texte d'autres conditions qu'il ne prévoit pas.

2. LA VIOLATION DU DROIT DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 88-1 DE LA CONSTITUTION

Ce nouveau grief peut également être adressé à l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872.

En effet, l'application expresse ou implicite de ce texte qui conduit inéluctablement – mais à tort - le **Conseil d'Etat** à rejeter une requête qu'il ne considère pas de sa compétence, l'incite à se dispenser d'examiner la **question préjudicielle** qui lui a été expressément posée par les requérants, alors même que les articles **88-1** de la Constitution du 04 Octobre 1958 et **267 TFUE** combinés lui font **obligation** de poser une telle question à la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**.

Cette obligation est d'autant plus prégnante lorsque, comme en l'espèce, il a été demandé au **Conseil d'Etat** de soumettre à la **CJUE**, par le renvoi préjudiciel, la conformité de la **théorie des actes de gouvernement** au droit de l'Union européenne.

Ainsi, de deux choses l'une :

- ou bien, la juridiction administrative suprême considère que l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 qui fonde cette théorie jurisprudentielle **n'est pas applicable au litige** dont il est saisi dès lors que celui-ci relève directement du droit de l'Union européenne de l'application duquel le Conseil d'Etat se déclare le **juge de droit commun** (**CE, Ass. 31 Octobre 2009, Mme Perreux**) et il n'y a pas lieu de poser la question de constitutionnalité de ce chef, le Conseil d'Etat étant **compétent** pour connaître du litige;

- ou bien, la Haute Assemblée, compte tenu du **déclinatoire de compétence** du Gouvernement - qui correspond à la **demande en revendication** visée par l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 - et des conclusions de Madame le Rapporteur public invoquant expressément la **théorie des actes de gouvernement** pour conclure au rejet de la requête, estime ce texte applicable au litige et, dans cette hypothèse, les règles constitutionnelles (art. **61-1** de la Constitution) et organiques (art. **23-1** et suivants LOCC) **commandent** de renvoyer la QPC de cette disposition législative au Conseil constitutionnel.

Il est, dès lors, évident que si l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 était déclaré inconstitutionnel et abrogé par le juge constitutionnel, le Gouvernement ni le Rapporteur public ne pourraient plus soutenir l'incompétence du **Conseil d'Etat** et des **juridictions judiciaires** pour contrôler la légalité du refus du Premier ministre de **transposer la décision-cadre** du 28 Novembre 2008. La position des **questions préjudicielles à la CJUE** s'imposerait, dès lors, naturellement.

De même, sans abroger le texte législatif présentement attaqué, le **Conseil constitutionnel** pourrait assortir sa décision d'une **réserve d'interprétation** imposant **erga omnes**, donc à tous les pouvoirs publics et toutes les juridictions (art. **62, alinéa 3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) de l'apprécier et de l'appliquer en ce sens qu'il ne saurait paralyser la **compétence de la juridiction judiciaire** saisie d'un acte qui, comme en l'espèce, constitue une **voie de fait**.

Si, à l'inverse, la Cour de céans ne transmettait pas à la Cour de cassation, aux fins de renvoi ultérieur au Conseil constitutionnel, la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la **loi** du 24 Mai 1872, tout en faisant application de ce texte – expressément ou implicitement – au présent litige, la preuve serait faite que cette disposition législative aurait fait **indûment obstacle à l'exercice du droit constitutionnel de poser une question préjudicielle à la CJUE**, par l'intermédiaire d'une juridiction nationale.

II-B-3-b-ii/ LA VIOLATION DU DROIT A LA PROTECTION DE LA DIGNITE HUMAINE

Il n'est pas inutile, ici, de rappeler l'**alinéa 1er** du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946, à **valeur constitutionnelle**, consacrant le **droit au respect** et à la **protection** de la **dignité humaine** :

*« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des **droits inaliénables et sacrés**. Il réaffirme solennellement les **droits et les libertés de l'homme et du citoyen** consacrés par la **Déclaration des Droits de 1789** et les **principes fondamentaux** reconnus par les lois de la République. »*

Il est patent que l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 en ce qu'il conduit – selon l'application qu'a pu en faire notamment le **Tribunal des conflits** - à rejeter la compétence du Conseil d'Etat et celle des juridictions judiciaires réputés saisis d'un **acte de gouvernement** dont il ne leur appartiendrait pas de connaître, crée un risque de **déni de justice** – que condamne à l'avance l'article **16 DDH**, sauf application de l'article **34** du **décret** du 26 Octobre 1849 Régulant les formes de procéder du Tribunal des conflit, spécialement lorsque les juridictions judiciaires s'estiment elles-mêmes incompétentes -, circonstance qui se réalise en présence d'une demande tendant à l'annulation du rejet du Premier ministre de transposer une décision-cadre ou une directive de l'Union européenne, comme en l'espèce.

Précisément, en incitant le Conseil d'Etat, le juge judiciaire des référés et, aujourd'hui, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence à déclinier sa compétence pour connaître de la légalité d'un tel refus de transposition – qui est pourtant une **double obligation** imposée par la **Constitution** et le **droit de l'Union européenne** – l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 conduit à priver les requérants de la **légitime protection juridictionnelle** qu'ils réclament contre le **négationnisme**.

Il y a lieu de rappeler, ici, que le **Conseil constitutionnel** range parmi les « **principes constitutionnels** » l'**obligation à réparation d'un préjudice**, en ce que « *l'affirmation de la faculté d'agir en justice met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » (v. notamment CC, **décision n°99-419 DC** du **09 Novembre 1999**, **Loi relative au pacte civil de solidarité**, consid. **60, 61 et 69**).

Or, c'est cette protection juridictionnelle que la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 tend à procurer aux victimes de négationnisme.

La **violation du principe de dignité** par l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872 est manifeste dès lors que la protection de la mémoire des victimes d'un crime contre l'humanité relève du **JUS COGENS** et d'un **intérêt supérieur de civilisation**.

II-B-3-b-iii/ LA VIOLATION DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL D'EGALITÉ

Le **principe constitutionnel d'égalité devant la loi** est consacré par l'article **6 DDH** aux termes duquel la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.* »

Il est repris aux articles **1er** (« (La France) assure *l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.* ») et **2** (« La devise de la République est '*Liberté, Egalité, Fraternité*' ») de la **Constitution** du 04 Octobre 1958.

Le **Conseil constitutionnel** juge, à cet égard, que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit;* (...) » (CC, décision n°2010-11 QPC du 09 Juillet 2010, Mme Virginie M., consid. 3).

Il échet, encore, de rappeler, comme l'indiquent les tables analytiques du Conseil constitutionnel (p. **502/2511**), que le **principe d'égalité devant la justice**, garanti par les articles **6** et **16 DDH**, peut être, de même, invoqué à l'appui d'une **question prioritaire de constitutionnalité** (CC, décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010, Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres, consid. 4:

« que, si le législateur peut prévoir des règles de procédures différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties; (...) »

Il n'est pas inutile de rappeler, dans cet ordre d'idées, que s' « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions (...), il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles; qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamé(e) par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant;* (...) (CC, décision n°2010-102 QPC du 11 Février 2011, M. Pierre L., consid. 4; CC, décision n°2011-118 QPC du 08 Avril 2011, M. Lucien M., consid. 7).

Le Conseil constitutionnel juge, de même que, « *s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la Constitution, d'adopter pour l'avenir, s'il l'estime nécessaire, des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses: celle où ces situations auraient été illégalement acquises; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi;* » (...) (CC, décision n°84-181 DC du 10 Octobre 1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, consid. 47).

Enfin, la **protection du droit de propriété** est assurée par les articles 2 et 17 DDH que son titulaire en soit privé ou non. « (...) *qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi; (...)* » (CC, décision n°2011-118 QPC du 08 Avril 2011, M. Lucien M., consid. 3).

Or, en l'espèce, les dispositions législatives critiquées contreviennent aux principes constitutionnels précités et consomment une **rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques**.

En effet, l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 crée les conditions d'une **discrimination** dans la **protection juridictionnelle** que la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 a pour objet de procurer aux **victimes de négationnisme**, celui-ci s'entendant comme la **négation** ou la **banalisation grossière publiques de génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre**, par essence **imprescriptibles**, selon que les auteurs de ces crimes auront été ou non jugés par une juridiction nationale ou internationale, dès lors que les victimes de crimes contre l'humanité dont les **auteurs seront disparus** et donc **insusceptibles de poursuites**, comme c'est le cas notamment du **Génocide Arménien** et de l'**Esclavage**, seront privées de la protection de la loi pénale.

L'absence de transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 ne nuit qu'aux personnes qui ne peuvent utilement invoquer la protection de l'article **24 bis** de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, issu de la loi du 13 Juillet 1990, dite **Loi Gayssot**, qui ne réprime le négationnisme que lorsqu'il concerne les **crimes nazis** et non les autres crimes contre l'humanité comme le **Génocide Arménien** ou l'**Esclavage**.

A l'inverse, la transposition adéquate (**sans l'article 1er, § 4**) de ladite décision-cadre ne priverait pas les victimes des crimes nazis de la protection de la loi pénale par le seul fait même que celle-ci serait accordée, de façon hautement légitime, à des victimes d'autres crimes contre l'humanité placées dans des **conditions analogues**.

L'article **26** de la loi du 24 Mai 1872, qui entretient la **discrimination** que le droit positif crée au détriment des victimes de crimes contre l'humanité autres que les crimes hitlériens, méconnaît lui-même le **principe constitutionnel d'égalité**.

Ce texte consomme, à l'évidence, une **rupture caractérisée devant les charges publiques** et contrevient aux articles **2, 6, 13, 16** et **17 DDH**, de même qu'aux articles **6 DDH, 1er** et **2** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958.

Il devra, en conséquence, être déclaré **contraire à la Constitution** et **abrogé** par le Conseil constitutionnel.

II-B-3-b-iv/ L'INCOMPETENCE NEGATIVE DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872

De façon générale, il résulte de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 qu'il appartient au législateur et à lui seul, à peine d'entacher son acte **d'incompétence négative** qui constitue une violation de la Constitution, de fixer les règles concernant « *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* », de même que « *la procédure pénale* » et « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », au rang desquelles figure le **droit à obtenir une protection par la loi pénale contre le négationnisme**.

Cette règle est appliquée aussi bien dans le cadre du **contrôle préventif de constitutionnalité**:

« (...) 9. *Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi; (...)* » (CC, **décision n°2005-512 DC du 21 Avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école**),

« (...) *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions; (...)* » (CC, **décision n°2010-604 DC du 25 Février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, consid. 8**),

que dans celui de la **question prioritaire de constitutionnalité** lorsque, comme en l'espèce, « *est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »:

« (...) *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit;* » (...) » (CC, **Décision n°2010-33 QPC du 22 Septembre 2010, Société Esso SAF, consid. 2**).

Il est acquis, au vu de ce qui précède, que l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872 fonde, implicitement ou explicitement, les **décisions d'incompétence du juge administratif**, notamment du **Conseil d'Etat**, décisions qui vont priver les requérants de toute **protection juridictionnelle** spécialement s'il est jugé ultérieurement, sur renvoi, **par le Tribunal des conflits**, qu'aucun ordre juridictionnel français n'est compétent pour connaître de la légalité d'un **prétendu acte de gouvernement**.

De plus, comme il a été vu précédemment, le Gouvernement n'hésite pas, comme en l'occurrence, à demander l'application de ce texte devant les **juridictions judiciaires**.

On sait, dans cet ordre d'idées, que « (...) *par application des dispositions de l'article 34 de la Constitution en vertu desquelles la loi fixe les règles concernant les **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques**, c'est au législateur seul qu'il appartient de fixer les limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaires; (...)* » (TC, 20 Octobre 1997, M. ALBERT c/ CPAM de l'Aude et autres, n°3032).

Le texte attaqué est partant entaché de **compétence négative** dès lors qu'il appartenait au législateur, chargé par l'article 34 de la **Constitution** de fixer les règles concernant « *les **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*** », de prévoir lui-même **l'obligation de renvoi au Tribunal des conflits** dans tous les cas où une juridiction suprême de l'ordre judiciaire ou administratif est saisie d'un litige qu'elle n'estime pas de sa compétence, notamment comme relevant de la catégorie des **actes de gouvernement, sans condition d'une précédente déclaration d'incompétence d'une juridiction de l'autre ordre**.

En s'abstenant de légiférer en ce sens, le **législateur** a reporté sur les **autorités juridictionnelles** précitées – auxquelles l'article 35 du **décret** du 26 Octobre 1849 Régulant les formes de procéder du Tribunal des conflits n'offre qu'une **simple faculté** de renvoi audit Tribunal - le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

Or, la **marge d'appréciation** qui doit être laissée à la juridiction dans la détermination de sa propre compétence, en application des critères légaux, ne doit pas conduire à un **déni de justice** que prohibe l'article 16 DDH qui commande, à l'inverse, qu'un ordre de juridiction, à tout le moins, soit compétent pour connaître d'un litige mettant en cause des **droits fondamentaux**. On rappelle, qu'en l'espèce, les deux ordres de juridiction administratif et judiciaire sont concurremment compétents dès lors que **la voie de fait résulte d'une décision (refus de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008)**.

Le **Tribunal des conflits** est, dans ces conditions, tout désigné pour arbitrer la question de compétence, confirmer ou infirmer la **complète immunité de juridiction** (administrative et judiciaire) dont jouissent **anormalement** les actes de gouvernement, « *double incompétence que seul, évidemment, le Tribunal des conflits, supérieur commun des deux ordres de juridiction, a le pouvoir d'affirmer.* » (**Professeur René CHAPUS**, L'acte de gouvernement, monstre ou victime?, Dalloz 1958, chr. p. 6).

De même qu'il n'appartenait pas, dans ces conditions, au Conseil d'Etat de se déclarer lui-même incompétent, motif pris de la **théorie de l'acte de gouvernement**, de même la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence ne pourrait pas, sur demande du Gouvernement ou spontanément, appliquer l'article 26 de la **loi** du 24 Mai 1872 sans créer un **conflit négatif d'attribution** pouvant dégénérer en **déni de justice**, sauf à renvoyer la question de compétence au **Tribunal des conflits**, en application de l'article 34 du **décret** du 26 Octobre 1849.

Il est à rappeler, à cet égard, que le **Tribunal des conflits** a été conduit à **dénier** « *à l'acte à raison duquel il était saisi le caractère d'acte de gouvernement, que l'Administration tendait à lui faire reconnaître, et il a indiqué qu'il appartenait soit au **contentieux administratif** (Trib. Confl. 5 nov. 1880, Marquigny, Bouffier, 2 arrêts, D. P. 80. 3. 121; S. 31 3. 81; Rec. Cons. d'Et., p.801, concl. Ronjat et Gomel), soit au **contentieux judiciaire** (Trib. Confl. 25 mars 1889, Dufeuille, Usannaz-Joris, Michau et Lafreney, 3 arrêts, D. P. 90. 3. 65; S. 91 3. 32; 15 févr. 1890, Vincent, S. 92. 3. 71; Rec. Cons. D'Et.; p. 183; 24 juin 1954, Barbaran et autres, ibid., p. 712; S. 1955. 3. 6)* » (**Professeur René CHAPUS**, ibid.)

L'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 est partant contraire à l'article **34** de la **Constitution**, violation dont les requérants peuvent se faire un grief dès lors que **l'incompétence négative** dont ce texte est vicié les prive injustement de la **protection juridictionnelle effective contre le négationnisme** que l'Etat leur doit, en application notamment de l'article **16 DDH**.

II-B-4/ LA QUESTION DE LA CONSTITUTIONNALITE DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 EST NOUVELLE AU REGARD DU DROIT CONSTITUTIONNEL DES CITOYENS DE CONCOURIR PERSONNELLEMENT A LA FORMATION DE LA LOI CONSACRE PAR L'ARTICLE 6 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789

On doit, ici, rappeler la définition que le **Conseil constitutionnel** donne de la **nouveauté** de la QPC:

« (...) **21.** *Considérant, en premier lieu, que la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-4 et la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 prévoient que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité si 'la question est nouvelle'; que le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel; que cette disposition n'est pas contraire à la Constitution; (CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 21).*

Dans cet ordre d'idées, le Conseil constitutionnel ne s'est, à ce jour, prononcé ni sur l'interprétation ni sur l'étendue du **droit de concourir personnellement à la formation de la loi** que l'article 6 DDH consacre au profit des citoyens.

Précisément, le droit ouvert à « **Tous les citoyens** », par l'article 6 DDH, de « **concourir personnellement, ou par leurs représentants, à (l)a formation** » de la loi, implique nécessairement, conjugué à l'article 16 DDH, qu'en cas notamment de **carence** du Gouvernement ou des Parlementaires, comme en l'espèce, les citoyens y suppléent en s'adressant au juge compétent aux fins d'**amorcer le processus législatif** par l'**inscription à l'ordre du jour** du Parlement du texte propre à assurer la **protection juridictionnelle effective** légitimement réclamée par les requérants.

Ce droit est d'autant plus évident que la **loi de transposition** d'une norme de droit dérivé de l'Union européenne (décision-cadre ou directive) **n'est pas laissée à la discrétion de l'Etat membre**, mais à l'inverse, n'est que le résultat de l'**exercice d'une compétence liée**.

En effet, de même que le **risque de catastrophes naturelles** doit, au nom du **principe de solidarité nationale**, être supporté par **tous les assurés** bénéficiant d'une police les garantissant notamment contre les dommages d'incendie (police multirisque habitation), de même l'éventualité d'avoir à **défendre ses droits devant une juridiction** – qui n'est pas nécessairement le reflet d'une pathologie, mais plutôt la manifestation d'un **besoin normatif** - à laquelle répond la **protection juridictionnelle** due par l'Etat, doit être couverte par l'édition de normes propres à assurer effectivement ladite protection juridictionnelle, nécessaire dans une **Société démocratique**.

Or, c'est bien dans un **but d'intérêt général - la paix sociale -**, et non pas seulement dans celui d'intérêts privés, que les décisions de justice sont rendues, en France, « **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS** », principe qu'exprime solennellement le **Préambule** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789:

« (...) afin que **les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.** »

De surcroît, ainsi que le rappelle le **Conseil constitutionnel**, « (...) **la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; qu'il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en oeuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité; (...)** »

(**CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 4**).

On ne peut, dès lors, considérer que répondent à l'**objectif de valeur constitutionnelle** qu'est la **bonne administration de la justice** des dispositions législatives qui **paralysent l'exercice du droit d'agir en justice** et de **poser une question prioritaire de constitutionnalité**.

Les dispositions législatives attaquées, reflet d'un siècle et d'une mentalité passés, ne doivent pas continuer à paralyser des voies de droit voulues par le Constituant moderne.

En effet, l'**acte de gouvernement** est à l'**ordre juridique constitutionnel** (art. 16 DDH – **la garantie des droits**) ce que la *realpolitik* est à l'**ordre juridique international** : la résultante des passions de l'homme alimentées de considérations de **rapports de force**, là où seule la **Raison universelle** (le **Droit**, selon **PORTALIS**) doit gouverner l'action humaine.

Cette **conception guerrière** de l'organisation des sociétés est illustrée par un épisode célèbre de l'**histoire antique**, tel que relaté par **THUCYDIDE** dans son non moins célèbre livre « *Histoire de la guerre entre les Péloponnésiens et les Athéniens* », « *hideuse guerre de vingt-sept ans, au cours de laquelle les cités grecques employèrent toutes leurs énergies à s'entre-détruire.* » (**Denis ROUSSEL**, Hérodote, Thucydide, œuvres complètes, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, 1964, p. 657).

Le passage qui suit intitulé « **LE DIALOGUE MELIEN** » (**Normand BAILLARGEON**, *Raison oblige – Essai de philosophie sociale et politique*, Les Presses de l'Université Laval, 2009, p.57) met aux prises les **Méliens**, habitants de l'**Ile de Mélos**, ancienne colonie lacédémonienne, désireuse de rester neutre dans le conflit, et les **Athéniens** résolu à réduire la résistance des insulaires et les forcer à entrer dans l'alliance contre **Sparte** :

« (...) **LES ATHENIENS**. - Alors nous nous abstiendrons, pour notre part, de faire de belles phrases. Nous ne dirons pas que notre victoire sur le Mède nous donne le droit d'exercer l'empire ou que notre expédition ici se justifie par les torts que vous avez envers nous. Point de ces longs discours qui ne provoquent que le scepticisme. Et nous comptons bien que, de votre côté, vous ne tenterez pas de nous convaincre en nous disant que vous n'êtes pas entrés en guerre aux côtés de Sparte, bien que votre cité fût une colonie lacédémonienne, ou que vous ne nous avez jamais causé le moindre préjudice. **Ne cherchez à obtenir que ce qui est possible, compte tenu des véritables intentions de chacun. Vous savez aussi bien que nous que, dans le monde des hommes, les arguments de droit n'ont de poids que dans la mesure où les adversaires en présence disposent de moyens de contrainte équivalents et que, si tel n'est pas le cas, les plus forts tirent tout le parti possible de leur puissance, tandis que les plus faibles n'ont qu'à s'incliner.** » (THUCYDIDE, ibid. Livre V, § 89, p. 1097).

Il est, cependant, possible de répondre à l'argument des **misologues** qu'aujourd'hui le **rapport de forces s'est inversé** (« *Ne pouvant faire que le Juste soit fort, on a fait que le Fort soit juste* », disait Pascal), tout au moins dans les Etats, comme la France, qui se sont engagés à respecter et assurer aux justiciables, **sans distinction aucune**, une **protection juridictionnelle effective** (**JUS COGENS, principe de prééminence du droit et intérêt supérieur de civilisation**). Cette réalité est confirmée en considérant que l'**Union européenne** à laquelle la France participe activement est un **système de droit intégré** dont les actes (**décision-cadre**, en l'espèce) s'imposent aux Etats membres qui ne peuvent pas, en conséquence, s'opposer à leur transposition en droit interne ni à leur exécution.

Un **sursaut juridictionnel** s'impose, à l'évidence, la présente **QPC** procédant notamment du « **droit de demander compte à tout agent public de son administration** » garanti par l'article 15 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789**, expressément visé par le **Conseil constitutionnel**, dans la décision susmentionnée, avec les articles 12 et 16 **DDH**, pour fonder « **la bonne administration de la justice** » comme « **objectif de valeur constitutionnelle** ».

Selon la formule de **John RAWLS**: « *La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes.* » (**Théorie de la Justice**, Editions du Seuil, Février 1987, p. 29)

*

La **QPC** présente, dès lors, sous cet angle, un **caractère nouveau** au sens et pour l'application de l'article **23-5** de la **LOCC** et méritera, en conséquence, indépendamment de l'appréciation de son **caractère sérieux** qui ne saurait, pour autant, être mis en doute en aucune façon, d'être **renvoyée au Conseil constitutionnel** par la **Cour de cassation**.

Les **dispositions législatives présentement contestées** devront, en conséquence, être **déclarées inconstitutionnelles** par le **Conseil constitutionnel** et **abrogées** à compter de la publication de sa décision, Haut Conseil auquel il conviendra qu'en application de l'article **23-5** **LOCC**, la **Cour de cassation** renvoie la présente **question prioritaire de constitutionnalité** après qu'elle lui aura été transmise par la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence**, statuant en matière de référé.

.../...

PAR CES MOTIFS

Vu le **principe de prééminence du Droit**,

Vu la **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789**, notamment ses articles **4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16** et **17**,

Vu la **Constitution du 4 Octobre 1958**, notamment ses articles **1er, 34, 55, 61-1** et **62, alinéa 2**, ensemble les articles **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958** portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel (ci-après « **LOCC** »),

Vu l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** Sur l'organisation du Conseil d'Etat,

Vu l'**ordonnance du 1er Juin 1828** sur les conflits d'attribution, notamment son article **6**,

Vu le **décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits, notamment son article **34**,

Vu les articles **4, 92** et **96** du Code de procédure civile,

Vu le **recours pour excès de pouvoir** dont a été saisi le **Conseil d'Etat (requête n°350492** enregistrée le **30 Juin 2011**) dirigé contre le refus du Premier ministre de transposer la **décision-cadre du 28 Novembre 2008**,

Vu l'**arrêt n°350492** rendu le **26 Novembre 2012** par le **Conseil d'Etat** sur ledit recours (**incompétence de la juridiction administrative**),

Vu l'**assignation en référé (voie de fait)** signifiée les **19** et **20 Février 2013** respectivement à **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** et **Monsieur le Premier ministre**, aux mêmes fins de transposition de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008** (**RG n°13/1008**) ;

Vu la **déclaration d'appel du 04 Juin 2013** contre l'**ordonnance de référé** rendue le **03 Juin 2013**,

1°) DECLARER remplies par la QPC les conditions prévues aux **1°** et **2°** de l'article **23-2** de la **LOCC**;

2°) DIRE ET JUGER que ladite QPC n'est pas dépourvue de caractère sérieux et, au-delà, présente un tel caractère;

SUBSIDIAIREMENT,

3°) DIRE que la question est nouvelle au regard du droit constitutionnel des citoyens de concourir à la formation de la loi,

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

4°) TRANSMETTRE à la Cour de cassation aux fins de RENVOI ultérieur au Conseil constitutionnel, dans les délais et conditions requis, ladite question prioritaire de constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 Sur l'organisation du Conseil d'Etat, présentée dans un écrit distinct et motivé, aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité et d'abrogation par cette Haute juridiction des dispositions législatives attaquées, ladite question pouvant être formulée de la façon suivante:

« L'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 Sur l'organisation du Conseil d'Etat porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et notamment:

- au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme consacré par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, ci-après « DDH » »);

- au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 DDH;

- au droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité garanti par l'article 16 DDH et l'article 61-1 de la Constitution du 04 Octobre 1958;

- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 DDH;

- à l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi;

- au principe d'égalité garanti par l'article 6 DDH et l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958;

- au droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi consacré par l'article 6 DDH,

- au droit de résistance à l'oppression garanti par l'article 2 DDH,

- au droit de propriété dont la protection est assurée par l'article 17 DDH,

- aux articles 88-1 et 88-2 de la Constitution du 04 Octobre 1958;

en ce qu'il:

1°) abolit de façon arbitraire tout contrôle juridictionnel concernant certaines mesures dits actes de gouvernement à la seule discrétion du pouvoir exécutif, alors même que ces actes peuvent gravement attenter aux droits fondamentaux;

2°) fait obstacle au contrôle de légalité du refus opposé par le Premier ministre d'un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi ayant pour objet la transposition en droit interne d'une décision-cadre ou d'une directive de l'Union européenne, alors même que cette transposition est notamment une obligation constitutionnelle;

.../...

3°) crée une discrimination dans la protection juridictionnelle que la décision-cadre du 28 Novembre 2008 a pour objet de procurer aux victimes de négationnisme, celui-ci s'entendant comme la négation ou la banalisation grossière publiques de génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, par essence imprescriptibles, selon que les auteurs de ces crimes auront été ou non jugés par une juridiction nationale ou internationale, dès lors que les victimes de crimes contre l'humanité dont les auteurs seront disparus et donc insusceptibles de poursuites, comme c'est le cas notamment du Génocide Arménien et de l'Esclavage, seront privées de la protection de la loi pénale? »

5°) SURSEoir A STATUER sur les demandes présentées dans le cadre de l'**instance n°13/11760** tendant à la transposition en droit interne de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, jusqu'à réception de la décision du **Conseil constitutionnel**;

6°) RESERVER les dépens;

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Marseille, le **11 Septembre 2013**

Pour les requérants,

Maître Philippe KRIKORIAN

(**Signature électronique**
Articles 1316-4 du Code Civil
et 930-1 du Code de procédure civile)

PRODUCTIONS (pour mémoire)

I-A/ PIECES PRODUITES DANS LE CADRE DES PRECEDENTES INSTANCES JURIDICTIONNELLES notamment le recours pour excès de pouvoir enregistré le 30 Juin 2011 au Secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat sous le n°350492 : (pièces n°1 à 151 - mémoire)

(...)

I-B/ PIECES PRODUITES DANS LE CADRE DE L'INSTANCE DE REFERE LIEE PAR-DEVANT MONSIEUR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE MARSEILLE RG N°13/01008 (copies jointes aux conclusions d'appelants du 12/07/2013)

152. Mémoire en défense du Ministre des Affaires étrangères et européennes enregistré au Secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 27 Octobre 2011 (dix-sept pages)

153. Arrêt n°350492 rendu le 26 Novembre 2012 par le **Conseil d'Etat** (**rejet de la requête** enregistrée le 30 Juin 2011 – **incompétence de la juridiction administrative**)

154. Nouvelle Proposition de loi tendant à la transposition en droit interne de la Décision-Cadre 2008/913/JAI du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, rédigée par **Maître Philippe KRIKORIAN** et adressée le 16 Décembre 2012 à l'ensemble des parlementaires français

155 Proposition de loi n°690 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 Février 2013, tendant à la **transposition en droit interne de la Décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008** sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement, présentée par **Madame et Messieurs Valérie BOYER, Olivier AUDIBERT-TROIN, Marcel BONNOT, Charles de LA VERPILLIERE, Guy TEISSIER et Dominique TIAN**, députés

I-B/ PIECES PRODUITES DANS LE CADRE DE L'INSTANCE D'APPEL LIEE PAR-DEVANT LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE RG N°13/11760 (copies jointes aux conclusions d'appelants du 12/07/2013)

156. Lettre en date du 08 Mars 2013, reçue au secrétariat de la Présidence du Tribunal le 12 Mars 2013 et communiquée à **Maître KRIKORIAN** le 20 Mars 2013, par laquelle **Monsieur le Premier ministre** demande à **Monsieur le Président du Tribunal** de « *rejeter les demandes formulées en référé par Me Krikorian* »

157. Deuxième lettre en date du 18 Mars 2013, communiquée à **Maître KRIKORIAN** le 25 Mars 2013, par laquelle **Monsieur le Premier ministre** demande à **Monsieur le Président du Tribunal** de dire « *qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872* » et de rejeter « *la demande relative à la décision de refus qui serait née de l'absence de réponse à la demande de dépôt d'un projet de loi.* »

.../...

158. **Lettre** en date du 15 Avril 2013, reçue au Greffe le jour même et communiquée à **Maître KRIKORIAN** le 29 Avril 2013, par laquelle **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** conclut « *comme l'a fait le Premier ministre par lettre du 18 mars 2013, à ce que le juge des référés décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 et rejette la demande relative à la décision de refus qui serait née de l'absence de réponse à la demande de dépôt d'un projet de loi.* »

159. **Conclusions de première instance** déposées par l'Avocat de Monsieur le Premier ministre et Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône, constitué le 26 Avril 2013

160. **Article** publié dans « *La Provence* » le 29 Mai 2013 intitulé « *François Pion nommé aux côtés de Taubira* », signé par **Monsieur Luc LEROUX**

161. **Journal du Barreau de Marseille n°2- 2013, p. 61**

162. **Ordonnance n°13/577** rendue le 03 Juin 2013 par **Monsieur le Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille (RG n°13/01008 – décision attaquée)**

*
