

AMENDEMENT
TENDANT A LA SUPPRESSION DE L'ACTE DE
GOVERNEMENT DE L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE
REPUBLICAIN

(Articles **44** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 et **86**, alinéa **5** du
Règlement de l'Assemblée Nationale)

portant sur le **PROJET DE LOI** relatif à la **modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures** (procédure accélérée)

ADOpte par le Sénat le 23 Janvier 2014 et **TRANSMIS** à l'Assemblée Nationale le 24 Janvier 2014 (renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République – séance du Mercredi 19 Février 2014, 10h00, Salle 6242)

ELABORE par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (**Barreau de Marseille**),

et

PRESENTE PAR:

(...)

Députés,

FORMULE DE LA FACON SUIVANTE :

A l'article **7, I, 3°** dudit projet de loi (**TITRE III – DISPOSITIONS RELATIVES AU TRIBUNAL DES CONFLITS**), il est proposé d'ajouter un article **17** de la loi du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, ainsi rédigé :

« 1. *Devant toutes les juridictions, y compris le Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, les parties se défendent elles-mêmes ou par ministère d'Avocat, selon les règles propres à chaque juridiction.*

2. *Le Tribunal des conflits est obligatoirement saisi par la juridiction qui estime que le litige qui lui est soumis ne relève ni de la compétence de son ordre, ni de celle de l'autre ordre de juridiction. La décision de renvoi est insusceptible de recours et s'impose aux parties, comme au Tribunal des conflits, qui doit désigner la ou les juridictions compétentes dans le délai de trois mois à compter de sa saisine.*

3. *Chaque partie au litige peut faire constater, par tout moyen, la saisine de plein droit du Tribunal des conflits qui n'aurait pas été avisé par la juridiction dans le délai de huit jours à compter de la décision de renvoi rendue dans les conditions prévues au deuxième alinéa. La même faculté est ouverte aux parties, sans condition de délai, lorsque la juridiction qui estime son ordre incompetent ne se prononce pas expressément sur la compétence de l'autre ordre de juridiction. Dans les cas prévus au présent alinéa, le délai de trois mois dont dispose le Tribunal des conflits pour rendre sa décision court du jour où il a été informé par la partie la plus diligente. »*

.../...

I- EXPOSE DES MOTIFS

Mesdames et Messieurs les Députés,

Le Gouvernement a souhaité une **nouvelle modernisation et simplification du Droit**. Nous ne pouvons que nous en féliciter.

Cependant, il nous faut, également, nous souvenir que « *La Justice est la première dette de la Souveraineté* » (**PORTALIS**) (*pièce n°1*).

Aujourd'hui, c'est l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) (« *Toute Société dans laquelle la **garantie des droits** n'est pas assurée, ni la **séparation des pouvoirs** déterminée, n'a point de Constitution.* ») - « **le droit des droits** », à **pleine valeur constitutionnelle**, qui est à la fois l'aune et le **palladium** de notre démocratie. Aucun pouvoir constitué, au plus haut niveau soit-il, ne peut aller contre la volonté du Constituant. Il s'agit, comme l'expriment les logiciens, d'un **réquisit** (*Ce qui est nécessairement requis pour une fin donnée – pièce n°32*) ou, en **langage kantien**, d'une exigence **a priori** (**nécessaire et universelle**).

La réforme du **Tribunal des conflits** incluse dans le présent projet de loi, nourrie des conclusions du Groupe de travail présidé par **Monsieur Jean-Louis GALLET**, ancien Vice-Président du Tribunal des conflits, Conseiller à la Cour de cassation, doit, à l'évidence, s'inspirer de l'esprit de la **Déclaration de 1789** et se réaliser dans le strict respect de son article **16**.

Plus précisément, devra, désormais, être **bannie** de notre ordonnancement juridique toute référence implicite ou explicite à la **très anti-démocratique théorie des actes de gouvernement**, qui sous-tend, encore au début du **XXI^e siècle**, les déclarations d'incompétence du Conseil d'Etat, au motif que la décision critiquée par le recours pour excès de pouvoir « *touche aux **rappports entre les pouvoirs publics constitutionnels** et échappe, par là-même, à la compétence de la juridiction administrative ; (...)* » (v. pour des exemples récents, **CE, 20 Janvier 2014, Maître Philippe KRIKORIAN c/ M. le Président de la République et M. le Premier ministre**, n°372883 - *pièce n°33* ; **CE, 26 Novembre 2012, M. et Mme Grégoire KRIKORIAN et a. c/ M. le Premier ministre**, 350492 – *pièce n°34*).

Qu'y a-t-il, à cet égard, de choquant dans la demande d'un citoyen tendant à ce que la France s'acquitte de ses obligations constitutionnelles et supra-nationales ?

Pourquoi et selon quelle justification, dès lors, prétendre empêcher le justiciable d'**accéder au prétoire** (art. **16 DDH**) et le citoyen d'exercer son **droit constitutionnel de concourir personnellement à la formation de la loi** (art. **6 DDH**) ?

Le refus de réglementer ou d'amorcer un processus législatif, **contre la nécessité normative**, ne doit plus demeurer en **zone de non-droit** et continuer à bénéficier indûment d'une **immunité juridictionnelle**.

En effet, d'une part, la **théorie des actes de gouvernement** se révèle **nuisible à la Société**, au sens de l'article **5 DDH (I)**.

Il est, d'autre part, de la responsabilité du **Législateur** de restituer à notre Droit la **cohérence** et **l'efficience** dont il n'aurait jamais dû se départir (**II**).

I-/ LA THEORIE JURISPRUDENTIELLE DES ACTES DE GOUVERNEMENT ET L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 QUI LA CRISTALLISE SONT NUISIBLES A LA SOCIETE EN TANT QU'ILS CONTREVIENNENT A L'EXIGENCE CONSTITUTIONNELLE POUR L'ETAT D'ASSURER AUX JUSTICIABLES UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

En l'occurrence, la **théorie jurisprudentielle des actes de gouvernement**, aujourd'hui cristallisée par l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872**, se révèle **nuisible à la Société** en ce qu'elle **abolit toute protection juridictionnelle**, ce qui, à l'évidence, est contraire à l'article **16 DDH**, qui consacre la **garantie des droits**.

L'invocation de cette théorie est, donc, **irrecevable** dans tous les litiges qui impliquent des **droits fondamentaux**.

En d'autres termes, la **justiciabilité** du refus de prendre les décrets demandés au Premier ministre (ou au Président de la République pour les projets de loi constitutionnelle) s'impose, en l'occurrence, comme une **nécessité impérieuse** tenant à l'**Etat de droit**.

La **théorie dite des actes de gouvernement** apparaît, dans ces conditions, comme:

- Une théorie reposant sur des **fondements juridiques hasardeux (I-A)**;
- Une théorie **critiquée et critiquable** au regard du **droit à un recours effectif et du droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi, tous deux de valeur constitutionnelle (I-B)**;
- Une théorie **injustifiable** face au **JUS COGENS (I-C)**;
- Une théorie **inapplicable aux litiges relevant du droit de l'Union européenne (I-D)**.
- Une **théorie abandonnée par l'Espagne**, Etat membre de l'Union européenne (**I-E**).

I-A/ UNE THEORIE AUX FONDEMENTS JURIDIQUES HASARDEUX

On sait que, traditionnellement, les mesures prises par le Gouvernement dans l'exercice de son **droit d'initiative des lois** (dépôts ou retraits de projets de lois, abstention ou refus d'en déposer, qui relèvent de la catégorie des « *actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement* » sont considérées comme des **actes de gouvernement** qui, en tant que tels, échappent au contrôle du juge administratif (**CE 29 Novembre 1968, Tallagrand**, p. 607, D 1969, p. 386, note V. Silvera, RDP 1969, p. 686, note M. Waline; **14 Janvier 1987, Assoc. des ingénieurs des télécom.**, p. 867; **13 Janvier 1997, Seidel**, D 1997, IR p. 109: à propos d'une demande tendant à ce que le Premier ministre cesse d'être le président du Conseil d'Etat.).

De même, « *entrent dans la catégorie des actes de gouvernement les mesures prises et les comportements adoptés par les autorités françaises dans la conduite des relations diplomatiques et extérieures (et qui sont appréciés comme n'en étant pas 'détachables'; v. n°1156-2°).* »

(**Monsieur René CHAPUS**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) in Droit administratif général, Ed. Domat droit public, Montchrestien, Tome 1, 15^e édition, n°1154, pp. 950 et n°1155, p. 954).

Cependant, les **fondements juridiques** du refus d'un contrôle de tels actes sont difficilement perceptibles.

Ainsi, certains (**Duez**) renonçant à lui trouver une quelconque justification juridique, et tentant de se réfugier derrière le **paravent politique**, préfèrent y voir « *le fruit d'une politique jurisprudentielle exprimant une certaine réserve, une certaine 'timidité' du juge. L'injusticiabilité de l'acte de gouvernement s'expliquerait parce que le juge veut éviter, soit d'entrer en conflit avec les chambres, seules habilitées à porter une appréciation politique sur l'Exécutif, soit de provoquer des difficultés internationales au gouvernement. Pour d'autres (Gros), l'acte de gouvernement serait l'expression de la raison d'Etat: il y aurait des actes qui touchent de si près aux intérêts essentiels de l'Etat qu'il serait impossible de les soumettre à un contrôle juridictionnel.* »

(**Monsieur Pierre SERRAND**, Maître de conférence à l'Université d'Orléans in Dictionnaire de la culture juridique, PUF – LAMY Octobre 2003, v° acte de gouvernement, p. 15).

Cette thèse, si elle **explique** l'absence de contrôle juridictionnel des actes de gouvernement, **ne peut la justifier**.

Elle est, au demeurant, confirmée par le **Professeur Norbert ROULAND** qui décrit les mécanismes de **l'exercice du pouvoir** au sein de la **classe politico-administrative française**:

« (...) En général, les groupes qui constituent les sociétés modernes se partagent entre ceux qui adoptent ou rejettent la logique de la responsabilité. Celle-ci est privilégiée par les sociétés traditionnelles, d'où des similitudes de comportement entre ces sociétés et les groupes qui, dans nos sociétés, ont choisi d'adopter la même logique. Ainsi, dans **la classe politico-administrative française**, la tendance à la diversification et à la complémentarité est-elle très forte et **l'exercice du pouvoir est organisé par d'autres règles que celles contenues dans la constitution et enseignées par les manuels de droit**. Directions et bureaux de ministère, grands corps, partis, syndicats: chacun de ces groupes argue de sa compétence particulière ou du mouvement de pensée qu'il représente pour s'imposer aux autres. Cette **diversification** constitue le **vrai fondement des règles non écrites** (car ce droit est la plupart du temps secret: il n'existe pas de code écrit de la haute administration française) ou **écrites** de répartition des emplois et des fonctions. Ces groupes sont rivaux, mais cette rivalité est le plus souvent sublimée dans des **accords de compensation tacite**: le **Conseil d'Etat** s'égale au législateur en énonçant des **principes généraux du Droit**, et s'impose à l'administration en soutenant qu'il lui revient de contrôler le rapport entre le coût et les avantages de son action; **mais, en échange, il lui accorde de ne pas contrôler les actes du gouvernement** (on trouvera une autre illustration de ces processus régissant les rapports entre les grands corps dans les relations qu'entretient le Trésor avec les autres administrations. Si elles sont assez souvent conflictuelles, le Trésor a établi un **modus vivendi** avec la direction du Budget. Un **document secret** en précise les termes; il est enfermé dans un **coffre-fort** que chaque directeur du Trésor remet à son successeur (cf. Y. Mamon, *Une machine de pouvoir: la Direction du Trésor*, Paris, La Découverte, 1988, 320 p.). D'autres convergences peuvent facilement être démontrées. Ainsi de l'importance accordée au principe d'unanimité: on essaiera de l'atteindre par le dialogue, la négociation (réunion de commissions).

Ou encore des procédures d'atténuation ou de limitation des conflits: on cherchera à concilier les intérêts propres à chacun des grands corps en général plutôt qu'à appliquer des règles strictes; au pire on recourra à l'arbitrage, l'intervention du juge demeurant tout à fait exceptionnelle. Ces convergences a priori surprenantes s'expliquent par un déterminant commun: **l'absence d'un pouvoir supérieur capable d'imposer son autorité**. Il en va ainsi pour les sociétés traditionnelles relevant des archétypes d'identification ou de différenciation. Mais c'est aussi le cas des **groupes dirigeants placés au sommet de la hiérarchie politico-administrative de l'Etat**: ne pouvant s'en remettre à un pouvoir supérieur, ils sont contraints de **s'autogérer** suivant les principes employés depuis longtemps par les sociétés traditionnelles.

En revanche, il n'en va pas de même pour la majorité des individus, qui sont eux soumis au pouvoir d'Etat et de son administration; à l'intérieur de la même société, on passe ainsi à une autre logique, celle de **l'archétype de la soumission**. (...) »

(N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF 1988, pp. 405-406).

Pour ce qui est des **explications juridiques**, « le statut d'**immunité juridictionnelle** dont bénéficie l'acte de gouvernement découle de **l'incompétence juridique** respective de nos juridictions. » (**Monsieur Pierre SERRAND**, Maître de conférence à l'Université d'Orléans in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF – LAMY Octobre 2003, v° acte de gouvernement, p. 15), trois courants se dessinant:

- Selon certains auteurs (**Vivien, Laferrière, Carré de Malberg, Jèze**), le fondement de cette incompétence du juge serait à rechercher dans la **loi organique** du 3 Mars 1849 et la **loi** du 24 Mai 1872 qui déterminent le champ d'application du contentieux administratif et qui visées par le juge du contentieux administratif pour se déclarer incompétent, consacraient ainsi implicitement l'existence de l'acte de gouvernement.
- D'autres noms non moins réputés de la Doctrine (**Eisenmann, Favoreu**) « *estiment que l'injusticiabilité – accidentelle - de l'acte de gouvernement serait la conséquence d'une lacune dans l'organisation juridictionnelle: elle résulterait de l'incompétence – normale – du juge ordinaire et de l'absence – anormale – d'un juge constitutionnel compétent.* » (ibid. p. 16).
- Enfin, selon un dernier courant doctrinal, présenté comme étant le plus important, « *l'acte de gouvernement ne serait pas un acte de nature administrative, c'est à dire un acte de la fonction administrative, mais un acte d'une autre nature juridique exprimant l'accomplissement par l'Exécutif d'une fonction étatique distincte de la fonction administrative. Pour certains (Capitant), il s'agirait de la fonction législative; pour d'autres (Basdevant), il s'agirait d'une fonction 'diplomatique'.*

Mais l'immense majorité des auteurs qui appartiennent à ce courant doctrinal (Aucoc, Laferrière, Benoît, Chapus) estime que l'acte de gouvernement serait l'expression d'une fonction 'gouvernementale' spécifique et distincte de la fonction administrative. N'étant pas un acte administratif, le juge administratif serait dès lors incompétent pour le connaître. » (ibid. p. 16).

- On peut objecter à l'ensemble de ces thèses fondées sur l'incompétence du juge administratif, d'une part, qu'elle relève de la **pétition de principe** en ce qu'elles tiennent pour admis ce qu'il s'agit de démontrer, en présupposant l'existence d'une catégorie d'actes qui échapperaient à tout contrôle juridictionnel et, partant, en essayant de trouver à une politique jurisprudentielle des **explications ou des justifications a posteriori**.

- De deuxième part, **aucun texte** ne détermine précisément ce que recouvre le **contentieux administratif** - dont la construction est essentiellement **prétorienne** - et donc le champ de compétence du juge administratif: la **loi organique** du 3 Mars 1849 et la **loi** du 24 Mai 1872 ne peuvent servir de fondement à l'exclusion de certains actes « particuliers » du cercle des actes contrôlés par le juge.

Or, « (...) *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**).

Ainsi, **nul texte** ne fit obstacle à ce que par l'arrêt **Cadot** du 13 Décembre 1889, (p. 1148, concl. Jagerschmidt, D. 1891.3 . 41, concl. s. 1892. 3. 17, note M. Hauriou), le **Conseil d'Etat** s'attribue la qualité de **juge de droit commun en premier ressort** et retire cette compétence aux ministres, en affirmant que le recours se rapporte à un « *litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître* ».

En effet, si un texte avait enfermé le Conseil d'Etat dans un champ clos, il n'aurait pas été possible à celui-ci d'en sortir par sa seule volonté; le **Tribunal des Conflits** n'aurait, de même, dans cette hypothèse, aucune justification.

- De troisième part, s'agissant du **recours pour excès de pouvoir**, comme celui dont **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** ont saisi le **Conseil d'Etat** le 3 Octobre 2005, ou la requête enregistrée le 30 Juin 2011, il échet de rappeler que « *Selon l'illustre arrêt Dame Lamotte de 1950, il se définit comme 'le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité'* »

CE Ass. 17 février 1950, Dame Lamotte, p. 110, RDP 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline.

Reprenant cette définition en énonçant, de façon plus insistante, que le recours a 'pour objet' le respect de la légalité, v. CAA Paris 30 décembre 1996, Boyer, p. 1073, JCP 1997, n°22871, note V.H. »

(**Professeur René CHAPUS**, Droit du contentieux administratif, Domat droit public, Montchestien 11° édition 2004, n°233, p. 202).

Ne nécessitant pas de texte et concernant **tout acte administratif**, on ne voit dès lors pas pour quelle raison certains actes administratifs échapperaient à ce recours.

- Enfin, de quatrième part, ayant pour **effet** et pour **objet** d'assurer le **respect de la légalité**, aucun acte administratif ne peut a priori être exclu du contrôle du juge dès lors qu'un **Etat de droit** ne saurait se satisfaire d'une **zone d'ombre**, de **non droit**, dans laquelle seraient laissés volontairement certains actes de la Puissance publique.

Cette nécessité fondée sur le **principe de légalité** auquel est tenue l'Administration prend d'autant plus de poids qu'aujourd'hui la légalité est aussi bien la **conformité à la loi**, à la **Constitution** ou au **traité international**, ce que la **Cour européenne des droits de l'homme** a confirmé par son arrêt **Bosphorus Airways c. Irlande** du 30 Juin 2005 rendu en **Grande Chambre** (req. N°45036/98):

« (...) III. APPRECIATION DE LA COUR

A. Article 1 de la Convention

135. Le gouvernement défendeur, la société requérante et les parties intervenantes ont formulé sur le terrain de l'article 1 de la **Convention** des observations étoffées quant à la question de savoir si, compte tenu de ses obligations communautaires, l'Etat irlandais a engagé sa **responsabilité au titre de la Convention** en procédant à la saisie litigieuse. L'article 1 de la Convention énonce:

'Les Hautes parties contractantes **reconnaissent à toute personne** relevant de leur juridiction **les droits et libertés** définis au titre I de la présente Convention.'

136. Il découle du libellé de cette disposition que **les Etats parties doivent répondre de toute violation des droits et libertés protégés par la Convention commise à l'endroit d'individus placés sous leur 'juridiction'** (*Ilascu et autres c. Moldova et Russie (GC)*, n°48787/99, § 311, CEDH 2004-...). La notion de 'juridiction' reflète la conception de ce terme en **droit international public** (*Gentilhomme, Schaff-Benhadj et Zerouki c. France*, arrêt du 14 mai 2002, § 20, *Bankovic et autres c. Belgique et seize autres Etats contractants (déc.)*, n°52207/99, §§ 59-61, CEDH 2001-XII, et *Assanidzé c. Géorgie*, CEDH 2004-..., § 137), de sorte que l'on considère que la compétence juridictionnelle d'un Etat est **principalement territoriale** (*Bankovic*, décision précitée, § 59), et que l'on présume qu'elle s'exerce sur **l'ensemble du territoire de l'Etat** (*Ilascu et autres*, arrêt précité, § 312). (...) »

On imaginerait mal, à ce propos, que sous le couvert d'acte de gouvernement un Etat s'immunise contre toute responsabilité qu'il ne manquerait pas d'engager s'il organisait ou cautionnait des **génocides**, ou autres **crimes contre l'humanité**.

A cet égard, sur le plan du **droit international public et communautaire (droit de l'Union européenne)**, force est de constater que **quel que soit l'organe étatique** en cause, c'est **l'Etat** considéré dans son **unité** qui sera recherché en responsabilité si l'acte illégal reproché a causé un préjudice, preuve s'il en est besoin qu'au sein d'une **même entité** qu'est **l'Etat** il est vain de vouloir rechercher une fonction administrative, gouvernementale, législative, juridictionnelle ou diplomatique.

On sait, en effet, que dans son arrêt **Köbler** du 30 Septembre 2003 (aff. C-224/01), la **Cour de Justice des communautés européennes** a dit pour droit:

« 1. Le **principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable** lorsque la violation en cause découle d'une **décision d'une juridiction statuant en dernier ressort**, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de **conférer des droits aux particuliers**, que la violation est **suffisamment caractérisée** et qu'il existe un **lien de causalité direct** entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées. Afin de déterminer si la violation est suffisamment caractérisée lorsque la violation en cause découle d'une telle décision, le juge national compétent doit, en tenant compte de la **spécificité de la fonction juridictionnelle**, rechercher si cette violation présente un **caractère manifeste**. C'est à **l'ordre juridique de chaque Etat membre** qu'il appartient de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges relatifs à ladite réparation.(...) »,

la Cour de Luxembourg ayant rappelé, à cette occasion:

« (...) 32. Si, dans *l'ordre juridique international*, *l'Etat* dont la responsabilité est engagée du fait de la violation d'un engagement international est considéré dans son **unité**, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au **pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif**, il doit en être **d'autant plus ainsi dans l'ordre juridique communautaire que toutes les instances de l'Etat, y compris le pouvoir législatif**, sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, **au respect des normes imposées par le droit communautaire** et susceptibles de régir directement la situation des particuliers (arrêt **Brasserie du pêcheur et Factortame**, précité, point 34). (....) ».

I-B/ UNE THEORIE CRITIQUABLE ET CRITIQUEE AU REGARD DU DROIT A UN RECOURS EFFECTIF ET DU DROIT DE CONCOURIR PERSONNELLEMENT A LA FORMATION DE LA LOI, TOUS DEUX DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE

A l'évidence, si une certaine souplesse doit être conservée à l'action du Gouvernement, dans ses relations avec le Parlement ou dans la conduite des relations diplomatiques de la France, **aucun des actes de la Puissance publique** ne saurait s'affranchir du **respect du Droit**, ce qu'exprime, notamment l'article 16 précité de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789** (ci-après « **DDH** ») consacrant comme **norme constitutionnelle** la **garantie des droits**:

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

le Conseil Constitutionnel jugeant *« qu'il résulte de cette disposition qu'en principe **il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction;** (...) »* (**CC**, décision n°96-373 DC du 9 Avril 1996, **loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française**).

Le Conseil d'Etat reconnaît, de même, *« le **droit constitutionnellement garanti à toute personne à un recours effectif devant une juridiction** »* (**CE**, avis, 06 Mai 2009, **M. Jafor KHAN**, n°322713) étant précisé que le recours pour excès de pouvoir est ouvert *« même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »* (**CE**, Ass., 17 Février 1950, **Ministre de l'Agriculture c/ Dame LAMOTTE**, Rec. 110, **GAJA** 17° éd. Dalloz 2009, n°62, pp. 391-394).

En d'autres termes, la latitude dont jouit le Gouvernement dans la **détermination** et la **conduite de la politique de la Nation** (article 20 de la Constitution) n'est pas de nature à conférer à celui-ci une **immunité absolue**.

De même que l'Administration demeure, dans l'exercice d'un **pouvoir discrétionnaire**, soumise au **principe de légalité**, de même le Pouvoir exécutif ne peut-il prétendre se placer au-dessus de la **norme supérieure** que l'Etat s'est engagé à respecter, que celle-ci constitue la **loi fondamentale** du pays (Constitution et bloc de constitutionnalité dont l'article 16 **DDH** fait partie) ou un **traité international ratifié**.

C'est encore dire que face à un **choix normatif**, l'Etat, quel que soit le niveau de décision, ne peut opter que pour une **solution conforme au Droit**.

Or, aux termes de l'article 13 de la **Convention européenne des droits de l'homme**:

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

Le même droit est consacré par l'article 2 § 3, a du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966 (**PIDCP**):

« *Les Etats Parties au présent Pacte s'engagent à:*

*a) garantir que toute personne dont les **droits et libertés** reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un **recours utile**, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs **fonctions officielles**;*

(...) »

Il s'ensuit que « *tous les actes empreints d'imperium qu'un Etat ou ses agents peuvent commettre doivent, s'ils sont l'occasion d'une **violation d'un droit garanti**, pouvoir faire l'objet d'un **recours de droit interne** et il semble bien que **la théorie des actes de gouvernement ne puisse permettre de déroger à la règle** (v. J. Velu et R. Ergéc, la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles 1990 », n°117 cité par **Monsieur Jean-Loup CHARRIER** in Code de la Convention européenne des droits de l'homme, Editions Litec 2003-2004, § 0600, p. 177 et § 0631, p. 208 dans l'édition 2005 et **MM. Andrew DRZEMCZEWSKI** et **Christos GIAKOUMOPOULOS** in La Convention européenne des droits de l'homme, Economica 2^e édition 1999, p. 460: « **Tous les actes du pouvoir exécutif, sans distinction aucune, tombent sous le coup de l'article 13. La théorie des actes de gouvernement ne saurait en aucune façon constituer une dérogation à la règle posée par cet article** » - pièces **IV-16 et 17**).*

L'opinion de la **Doctrine** en ce qui concerne l'absence de contrôle par le juge administratif des **actes dits de gouvernement** s'exprime également de la manière suivante:

*« On est en droit, bien entendu, de **regretter cette immunité**, qui paraît mal s'accorder avec l'idée de l'Etat de droit'; - ainsi qu'avec la disposition de la **convention européenne des droits de l'homme**, selon laquelle (art. 13) toute personne doit disposer d'un '**recours effectif**', en cas de violation des droits et libertés que la convention lui garantit (cela, dans l'hypothèse où il apparaîtrait que les actes de gouvernement sont susceptibles, compte tenu de ce qu'ils sont, de méconnaître ces droits et libertés).*

*On peut, d'autre part, concevoir que **cette immunité soit abolie ou limitée par une intervention législative adéquate**.*

*On peut enfin estimer que **le Conseil d'Etat, s'inspirant de sa jurisprudence en matière de responsabilité du fait des lois et des conventions internationales, pourrait reconnaître compétence au juge administratif relativement au contentieux des dommages causés par les actes de gouvernement**. (...) »*

(**Monsieur René CHAPUS**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) in Droit administratif général, Ed. Domat droit public, Montchrestien, Tome 1, 15^e édition, n°1152, pp. 948-949),

ou encore:

« (...) Enfin, la principale caractéristique de l'acte de gouvernement est son **injusticiabilité**: nos juridictions se déclarent incompétentes pour le connaître. (...)

C'est cette **injusticiabilité** de l'acte de gouvernement qui suscite généralement **l'interrogation de la doctrine car elle apparaît en contradiction avec la logique de l'Etat de droit**. Alors que le **droit d'exercer un recours juridictionnel effectif** est consacré à la fois par la **Convention européenne des droits de l'homme** (articles 6-1 et 13) et par la jurisprudence du **Conseil constitutionnel** (96-373 DC), pourquoi l'acte de gouvernement demeure-t-il exclu du prétoire? Alors que la **loi est désormais soumise au contrôle du juge, n'est-il pas surprenant que certains actes de l'exécutif ne le soient pas?** Alors que l'histoire de l'**acte administratif** est celle de sa **soumission progressive à un contrôle juridictionnel toujours plus poussé, n'est-il pas curieux que l'histoire de l'acte de gouvernement soit plutôt celle de la confirmation continue de son injusticiabilité?** (...)

(**Monsieur Pierre SERRAND**, Maître de conférence à l'Université d'Orléans in Dictionnaire de la culture juridique, PUF – LAMY Octobre 2003, v° acte de gouvernement, p. 15).

De plus, la **Cour européenne des droits de l'homme** a eu l'occasion de préciser que le **droit à un recours effectif** est reconnu à quiconque **allègue** seulement une violation de ses droits et libertés protégés par la Convention, dès lors que le grief allégué est **défendable** (**CEDH Klass, 6 Septembre 1978, § 64; CEDH Boyle et Rice, 27 Avril 1988, § 52 à 55; CEDH Plattform, 21 Juin 1988, § 25 à 27, A. 131 et 139**), ce qui est le cas en l'espèce, comme l'a reconnu Monsieur le Commissaire du Gouvernement (actuel Rapporteur public) devant le Tribunal Administratif de Marseille, qualifiant le préjudice subi notamment par **Monsieur Grégoire KRIKORIAN** de grave.

Dès lors, le **droit à un recours effectif** devant une instance nationale doit être assuré aux justiciables quand, comme en l'occurrence, ceux-ci allèguent de façon **pertinente** des **violations de la Convention européenne des droits de l'homme**.

Le **droit à un recours juridictionnel effectif** est également consacré par l'**ordre juridique communautaire** dont les requérants sont en droit de revendiquer la protection dès lors que, comme susdit, le **Génocide Arménien** fait partie du **domaine d'activités de l'Union européenne**:

« 18. Le **contrôle juridictionnel** imposé par cet article est l'**expression d'un principe général de droit** qui se trouve à la **base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres**. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, du 4 Novembre 1950. Comme il a été reconnu par la **déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission**, en date du 5 Avril 1977 (JO C 103, p. 1), et par la **jurisprudence de la Cour**, il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire. » (**CJCE 15 Mai 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1663**).

C'est, ainsi, consacrer le **rôle du juge administratif** dans **l'élaboration de la norme nationale** aux fins de rendre effectif **le droit au droit**, ou en d'autres termes, **le droit à la norme**.

On sait, en effet, comme susdit, qu'aux termes de l'article **L. 911-1** du Code de justice administrative (ci-après « CJA »), le juge administratif est doté de **pouvoirs d'injonction** à l'égard de la Puissance publique:

« Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution. »

(v. pour un exemple récent d'application de l'article **L. 911-1** CJA à une décision implicite de rejet du **Président de la République** et **injonction au Premier ministre** d'abroger, dans le délai de quatre mois, la disposition réglementaire attaquée: **CE**, 6^o et 1^o sous-sections réunies, **28 Décembre 2005, Union syndicale des magistrats administratifs**, req. N°274527).

C'est dire que le juge de la Puissance publique, au-delà d'un simple **référé-législatif**, tel qu'il a pu être conçu sous la **Révolution française**, est investi de la mission de **pallier les lacunes de l'ordre juridique national** imputables au **législateur**, souvent en raison de la **carence de l'exécutif** qui a l'initiative des lois.

Ce faisant, le juge administratif ne viole par le principe de la séparation des pouvoirs – puisqu'il **ne se substitue ni au Gouvernement, ni au Parlement** – mais tout au contraire, tire toutes les conséquences du **principe de légalité** dont il a le devoir de contrôler le respect, qu'il soit saisi d'un **recours pour excès de pouvoir**, comme en l'espèce, ou d'une **requête de plein contentieux**.

On peut ajouter, en tout état de cause, que la théorie dite des actes de gouvernement ne saurait s'appliquer en la circonstance dès lors que c'est d'une **absence de loi** – et donc d'une absence d'initiative parlementaire ou gouvernementale pouvant, éventuellement, recevoir la qualification d'acte de gouvernement - que se plaignent les requérants.

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, que 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.

En outre, l'absence, en France, d'une **Cour constitutionnelle** comme on peut en trouver en Allemagne ou aux Etats-Unis, ne saurait justifier que le Conseil d'Etat, **juge naturel de l'exécutif**, décline la compétence qui lui revient de droit dès lors que l'Etat dont il est une composante, en sa qualité de **Juge Suprême de l'ordre administratif français**, est tenu d'apporter aux personnes placées sous sa juridiction, comme les requérants, **une protection juridictionnelle effective**.

De plus, comme démontré dans les précédentes procédures relatives à la même problématique ici traitée, la responsabilité engagée par l'Etat français du fait de **l'abstention dans le vote d'une loi** protégeant efficacement la mémoire des victimes du **Génocide Arménien**, comme celle consistant à refuser de faire de la reconnaissance de ce génocide par la Turquie **une condition sine qua non de l'ouverture des négociations d'adhésion** de cet Etat à l'Union européenne est une **responsabilité pour faute** qui, comme l'indique le **Professeur René CHAPUS n'est pas subordonnée aux conditions restrictives** qui limitent l'engagement de la responsabilité sur le fondement du **principe d'égalité devant les charges publiques**.

Il appartient, dans ces conditions, à **l'Etat** et plus particulièrement, à ses organes **exécutif et législatif**, de faire cesser la situation actuelle génératrice de responsabilité de la Puissance publique et donc de **pallier cette carence normative** relativement au **Génocide Arménien**, et ce, sous le contrôle du **juge administratif**.

En d'autres termes, les conditions de la mise en oeuvre de la **responsabilité de l'Etat** en raison de son manquement à **l'obligation de légiférer** sont toutes réunies, en l'espèce, dès lors que le **Génocide Arménien** relève du **JUS COGENS**.

I-C/ UNE THEORIE TOTALEMENT INJUSTIFIABLE FACE AU JUS COGENS

Comme susdit, on ne concevrait pas qu'un **Etat de droit** puisse tenter d'échapper à tout contrôle juridictionnel et donc à toute responsabilité en prêtant la qualité d'acte de gouvernement à un **génocide** ou en se rendant complice d'un tel crime contre l'humanité, par exemple **en avalisant son oubli**.

En effet, le **JUS COGENS**, défini comme une « *norme impérative de Droit international général, porteuse d'une valeur universelle d'intérêt vital (...) à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de Droit international général ayant le même caractère* » (**Gérard CORNU**, Vocabulaire juridique, PUF Quadrige, 8^o édition Avril 2007, v^oJus, juris, p. 531), ne saurait se satisfaire d'une **atteinte aux droits fondamentaux** d'un degré tel qu'elle **trouble gravement l'ordre public international**.

Or, par l'**alinéa 14** du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946, « *La République française, fidèle à ses traditions* » a déclaré « *se conforme(r) aux règles du droit public international*. » et a donc pris l'engagement de respecter le **JUS COGENS**.

Ainsi, aux termes de la **loi n^o2001-70** du 29 Janvier 2001 par laquelle « *La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* », loi « **d'application directe** » comme l'indique le site officiel du Sénat (*pièce n^oI-72*) et donc **parfaitement normative** – bien que dépourvue de sanctions pénales, comme nombre d'autres normes nationales constitutionnelles (« *La langue de la République est le français* », article **2**, **alinéa 1er** de la **Constitution** du 4 Octobre 1958) ou législatives (« *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* », article **371** du Code Civil) - l'Etat a, indubitablement, fait pénétrer, à son tour, après le **Parlement européen** le 18 Juin 1987, la problématique du **Génocide Arménien** dans le champ d'application du **JUS COGENS** et doit, partant, en tirer **toutes les conséquences juridiques**.

En effet, à l'**obligation négative** créée par cette loi, à l'adresse des autorités nationales et de l'ensemble des personnes placées sous la juridiction de la France, de **s'abstenir de contester l'existence du Génocide Arménien**, s'est ajoutée, **implicitement mais nécessairement**, l'**obligation positive** à la charge du législateur national d'apporter une **protection juridictionnelle effective** à l'encontre du **négationnisme** propagé par l'**Etat turc** dont le nouveau Code pénal incrimine et punit de **dix ans d'emprisonnement** quiconque aura évoqué ce même génocide, ainsi qu'en atteste la mésaventure survenue dernièrement au romancier **Orhan PAMUK**.

I-D/ UNE THEORIE INAPPLICABLE AUX LITIGES RELEVANT DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

Cette solution résulte de la **spécificité** du droit communautaire – **système de droit intégré** - qui se traduit essentiellement par **l'effet direct et immédiat** qui s'attache à ses normes (de droit primaire et dérivé), ainsi que par sa **primauté** par rapport aux normes nationales infra-constitutionnelles.

« *Certains auteurs estiment d'ailleurs de façon générale que l'existence des actes de gouvernement est contraire à l'exigence de protection juridictionnelle en cas de violation du droit communautaire* (F. Picod, Le droit au juge en droit communautaire in Le droit au juge dans l'Union européenne, CEDECE, sous la direction de J. Rideau: LGDJ, 1998, p. 141) » (**M. Jean-Guy HUGLO**, Président de chambre à la Cour d'appel de Douai, Juris-Classeur Europe Traité, fasc. 490, voies et moyens d'application du droit communautaire, § 144, p. 49/59).

Comme le rappelle justement cet auteur, « *L'originalité essentielle de la Communauté européenne, comme chacun sait, est que la norme communautaire crée des droits dans le chef des particuliers que ceux-ci peuvent dès lors faire valoir devant leur propre juge national. Ce principe du 'droit au juge' selon l'expression consacrée par l'Avocat général M. Darmon dans ses conclusions sous l'arrêt 'Johnson' (CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84: Rec. CJCE 1986, I, p. 1651. - V. aussi CJCE, 15 oct. 1987, aff. 222/86, Heylens: Rec. CJCE 1987, I, p. 4097. - CJCE, 11 sept. 2003, aff. C-13/0, Safalero: Rec. CJCE 2003, I, p. 8679) était déjà en germe dans les motifs de l'arrêt 'Van Gend en Loos'. La Cour de justice des Communautés européennes y relève en effet, par des attendus désormais célèbres, que 'la Communauté constitue un **nouvel ordre juridique de droit international**, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants; que, partant, le droit communautaire, indépendamment de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique' et que, dès lors, la limitation aux seules procédures en manquement intentées par la Commission ou par les Etats membres des garanties contre une violation d'une norme du traité CE par les Etats 'supprimerait toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants' (CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos: Rec. CJCE 1963, I, p. 3, spécialement p. 23 et p. 25). Le droit à un recours juridictionnel est ainsi la conséquence inéluctable du principe de l'effet direct du droit communautaire. (...) (*ibid.*, § 1, Droit à une protection juridictionnelle, p. 4/59).*

Ainsi, la **Cour de justice de l'Union européenne** (ci-après « CJUE ») juge de façon constante que « *serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires (arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, précité, points 22 et 23) (...) CJCE, 19 Juin 1990, Factortame Ltd e.a., C-213/89, point 20)*.

La CJUE a précisé, plus récemment, les obligations qui incombent aux Etats membres aux fins d'assurer une **protection juridictionnelle effective**:

« (...) 38. Il incombe à cet égard aux **juridictions des Etats membres**, par application du **principe de coopération** énoncé à l'article 10 CE, d'assurer la **protection juridictionnelle** des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (voir, en ce sens, arrêts du **16 décembre 1976, Rewe**, 33/76, Rec. p. 1989, point 5, et **Comet**, 45/76, Rec. p. 2043, point 12; du **9 mars 1978, Simmenthal**, 106/77, Rec. p. 629, points 21 et 22; du **19 juin 1990, Factortame e.a.**, C-213/89, Rec. p. I-2433, point 19, ainsi que du **14 décembre 1995, Peterbroeck**, C-312/93, Rec. p. I-4599, point 12).

39. Il y a également lieu de rappeler que, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à **l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire** (voir, notamment arrêts précités Rewe, point 5; Comet, point 13; Peterbroeck, point 12; du 20 septembre 2001, Courage et Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, point 29, ainsi que du 11 septembre 2003, Safalero, C-13/01, Rec; p. I-8679, point 49).

40. En effet, si le traité CE a institué un certain nombre d'**actions directes** qui peuvent être exercées, le cas échéant, par des personnes privées devant le juge communautaire, **il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national** (arrêt du **7 juillet 1981, Rewe**, 158/80, rec. p. 1805, point 44).

41. Il n'en irait autrement que s'il ressortait de l'économie de l'**ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même de façon incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire** (voir, en ce sens, arrêt du 16 décembre 1976, Rewe, précité, point 5, et arrêts précités Comet, point 16, ainsi que Factortame e.a., points 19 à 23).

42. Ainsi, s'il appartient, en principe, au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, **le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective** (voir, notamment, arrêts du 11 juillet 1991, Verholen e.a., C-87/90 à C-89/90, Rec. p. I-3757, point 24, et Safalero, précité, point 50). **Il incombe en effet aux Etats membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect de ce droit** (arrêt Union de Pequeños Agricultores/Conseil, précité, point 41).

43. A cet égard, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (**principe de l'équivalence**) et **ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)** (voir, notamment, arrêt du 16 décembre 1976, Rewe, précité, point 5, et arrêts précités Comet, points 13 à 16; Peterbroeck, point 12; Courage et Crehan, point 29; Eribrand, point 62, ainsi que Safalero, point 49).

44. En outre, il incombe aux **juridictions nationales d'interpréter** les modalités procédurales applicables aux recours dont elles sont saisies, telles que l'exigence d'un rapport de droit concret entre la partie requérante et l'Etat, dans toute la mesure du possible d'une manière telle que ces modalités puissent recevoir une application qui contribue à la mise en oeuvre de l'objectif, rappelé au point 37 du présent arrêt, de **garantir une protection juridictionnelle effective** des droits que tirent les justiciables du droit communautaire. (...) »

(CJCE, 13 Mars 2007 Unibet c/ Justitiekanslern, C-432/05).

Dans cet ordre d'idées et comme le relève pertinemment la Doctrine autorisée:

« (...) **64. - Efficacité du droit au juge** - L'affirmation du droit au juge renforce les garanties permettant de sauvegarder les droits des particuliers. En effet, le caractère juridictionnel du recours qui doit être offert aux particuliers contre les décisions nationales refusant le bénéfice d'un droit fondamental (CJCE, 15 oct. 1987, aff. 222/86, Heylens: Rec. CJCE 1987, p. 4099) ouvre précisément la voie, sans autre condition, à la mise en oeuvre de la coopération organisée par l'article 267 TFUE. **Le mécanisme préjudiciel enrichit ainsi le contenu du droit au juge en même temps qu'il en améliore l'efficacité.** (...) »

(M. Jacques PERTEK, Professeur agrégé de droit public, Avocat, Président de la Fondation pour les Etudes Européennes, in Juris-Classeur Europe Traité, fasc. 360, Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité, § 64, p. 17/33)

Dans cette logique, la **voie de droit** prévue à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») résultant du Traité signé à Lisbonne le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009 (ex-article 234 TCE) permettant que soit adressée à la CJUE une **demande de décision préjudicielle** notamment quant à « la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union » se présente comme un moyen de droit efficace de procurer aux justiciables de l'Union la **protection juridictionnelle effective** que les actions en manquement ou le recours en annulation ne leur offrent pas compte tenu des conditions restrictives de leur exercice.

Ainsi, « **Le renvoi préjudiciel** est alors devenu une deuxième manière 'de porter devant la Cour la question de la conformité au droit communautaire d'une règle de droit ou d'une pratique administrative existant dans un Etat membre' (concl. Warner sur CJCE, 11 mars 1980, aff. 104/79, Foglia: Rec. CJCE 1980, p. 766). (...) **Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité** offre un remède à la limitation de la protection juridictionnelle offerte aux particuliers par la voie du recours en annulation. Il leur donne une chance, en agissant devant le juge national contre les actes nationaux d'application du droit dérivé, de faire constater par la Cour l'invalidité de mesures qu'ils n'ont pas la qualité pour attaquer au moyen d'un recours direct. De surcroît, la possibilité ainsi offerte aux particuliers de faire protéger leurs droits et intérêts n'est pas enfermée dans un délai, alors que le recours en annulation ne peut être formé que dans le délai de deux mois. (...) »

(M. Jacques PERTEK, ibid., §§ 66 et 67, pp. 18/33 à 19/33).

En outre, « Dans le cadre du **mécanisme préjudiciel**, (l'invocabilité des droits procurés aux particuliers) conduit à ce que **tout le droit primaire de l'Union et tout le droit dérivé** peuvent fournir matière, respectivement, à un renvoi en interprétation et à un renvoi en appréciation de validité, **que la norme à interpréter soit dotée ou non de l'effet direct** (CJCE, 20 mai 1976, aff. 111/75, *Mazzalai*: Rec. CJCE 1976, p. 657. - CJCE, 10 mars 2009, aff. C-345/06, *Heinrich*: Rec. CJCE 2009, I, p. 1659).

(...)

La Cour a ainsi érigé en **principe fondamental l'existence d'un recours juridictionnel**, qui donne son ossature de ce que l'on peut qualifier de '**droit au juge**' (concl. M. Darmon sur CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, *Johnston*: Rec. CJCE 1986, p. 1663). Or, la **nature juridictionnelle de l'action**, en même temps qu'elle accorde une garantie au plus haut degré, représente la **condition nécessaire et suffisante** à l'usage, quand le besoin en est avéré, du **mécanisme préjudiciel** (V. F. Picod, *Le droit au juge en droit communautaire*, in J. Rideau (éd.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*: LGDJ, 1997, p. 141).

(M. Jacques PERTEK, *ibid.*, §§ 45 et 46, pp. 11/33 à 12/33).

Il résulte des règles et principes sus-rappelés que le **renvoi préjudiciel** de l'article 267 TFUE procède du principe de **protection juridictionnelle effective** consacré par l'article 19, § 1, alinéa 2 TUE et met en oeuvre l'obligation faite aux Etats membres par l'article 4, § 3, alinéa 2 TUE de prendre « **toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.** »

Il s'en déduit nécessairement que n'assurera pas une **protection juridictionnelle effective** et ne remplirait donc pas l'engagement qu'il a pris aux termes des traités susvisés, l'Etat membre, comme la France, dont le droit positif ne permettrait pas aux justiciables de soulever devant la juridiction nationale la **question de la validité** « des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union », étant rappelé que « Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. »

En d'autres termes, la **théorie des actes de gouvernement** est **radicalement incompatible** avec le principe de **protection juridictionnelle effective** dès lors qu'en persistant à se déclarer incompétent notamment pour connaître du refus du Premier ministre de déposer un projet de loi de **transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008**, le Conseil d'Etat empêche l'exercice par les requérants du recours de l'article 267 TFUE, circonstance qui engage la **responsabilité de l'Etat** pour violation du droit de l'Union européenne.

C'est en ce sens que se prononce la Doctrine:

« (...) Ainsi, la **théorie des actes de gouvernement** qui, en France, permet de soustraire à la compétence du juge interne l'examen d'actes relatifs aux rapports de l'Exécutif avec le Parlement et des actes qui mettent en cause les rapports de l'Exécutif avec un Etat étranger ou une organisation internationale, **ne paraît pas conforme à l'exigence de protection juridictionnelle en cas de violation du droit communautaire.** (...) »

(Monsieur **Fabrice PICOD**, Professeur à la Faculté Jean Monnet de Saint-Etienne, « *Le droit au juge en droit communautaire* » in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, CEDECE, sous la direction de J. Rideau: LGDJ, 1998, p. 151).

Cependant, **l'abandon total** par la Haute juridiction administrative de la théorie des actes de gouvernement, **s'il n'est pas exclu** – des lors qu'il est **commandé par le Droit** – **n'est pas actuel**, même s'il se trouve en germe dans sa jurisprudence relative à **l'application du droit de l'Union européenne** (v. § **II-A-3** des **conclusions récapitulatives en réplique** de **Maître Philippe KRIKORIAN**, devant la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence**, publiées sur le site www.philippekrikoriant-avocat.fr).

I-E/ UNE THEORIE ABANDONNEE PAR L'ESPAGNE, ETAT MEMBRE DE L'UNION EUROPEENNE

Comme l'indique fort pertinemment le **Professeur Fabrice MELLERAY** (RFDA 2001, p. 1086), « *Le législateur espagnol a mis fin, par l'article 2.a) de la loi du 13 juillet 1998 sur la **juridiction administrative**, à l'immunité juridictionnelle des **actos políticos** (équivalents espagnols des **actes de gouvernement français**). Il a affirmé la compétence du juge administratif pour opérer le contrôle de certains de leurs éléments (éléments réglés, protection des droits fondamentaux, conséquences dommageables).(...)* »

L'article 2-a de la **loi espagnole** du 13 Juillet 1998 sur la juridiction administrative dispose, en effet:

« *El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.* » (**L'ordre juridictionnel administratif est compétent** pour connaître des questions relatives à la **protection juridictionnelle des droits fondamentaux**, aux éléments réglés et à la réparation des conséquences dommageables des **actes du gouvernement** ou des conseils de gouvernement des communautés autonomes, et ce, **quelle que soit la nature de ces actes**).

Comme on l'a vu précédemment (§ II-A-1 des conclusions susvisées), le **principe d'applicabilité directe des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux** (v. **Droit constitutionnel**, Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, Dalloz, 13^e édition 2010, § 1242, p. 884) désigne tout particulièrement le **Conseil constitutionnel** pour assurer la **protection juridictionnelle des droits fondamentaux**, même en l'absence d'une attribution spéciale en ce sens par la loi organique.

Une **réserve** doit, cependant, être faite en ce qui concerne les **litiges justiciables du droit de l'Union européenne** eu égard spécialement au refus du Conseil constitutionnel de mettre en oeuvre le mécanisme du **renvoi préjudiciel** prévu par l'article 267 TFUE:

« (...) 17. *Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution: 'La République participe à l'Union européenne, constituée 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'; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle;*

18. *Considérant qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite; qu'en premier lieu, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti;*

qu'en second lieu, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne; qu'en conséquence, il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer; qu'en tout état de cause, il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel;

19. *Considérant, en revanche, que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des 'droits et libertés que la Constitution garantit' et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (...) »*

(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).

Ainsi, s'il est loisible au législateur français, à l'instar de son homologue espagnol, de venir consacrer par une loi, voire une loi organique ou même une loi constitutionnelle, les principes jurisprudentiels sus-développés conduisant à reconnaître la nécessité d'une **protection juridictionnelle effective**, qu'impliquent nécessairement les articles 6 et 16 DDH, il semblait, avant la décision du 26 Novembre 2012, que le Conseil d'Etat fût prêt à appliquer ce principe, en l'absence même de loi, inutile dès lors que le litige se trouve dans le champ d'application du **droit de l'Union européenne**.

Ce faisant, la Haute juridiction administrative exaucerait le voeu du **Doyen Paul DUEZ** dont la **prescience** a manifestement inspiré le législateur espagnol dans une chronologie inattendue:

« (...) tout régime qui a l'ambition de réaliser l'Etat de droit doit biffer de ses institutions ce symbole défectueux qu'est l'acte de gouvernement. A la solution simpliste et rudimentaire qu'il consacre en faveur de la liberté de l'Exécutif, nous demandons que soit substituée la solution plus souple, plus nuancée de la réserve du pouvoir discrétionnaire. Tout aussi bien que l'acte de gouvernement, elle nous préservera du 'gouvernement des juges' demeurant strictement cantonnés dans leur rôle naturel de gardiens de la légalité; mais elle assurera un équilibre plus harmonieux entre les idées antagonistes d'autorité et de liberté.

Dans les pays à contrôle juridictionnel développé qui consacrent encore l'acte de gouvernement et qui n'ont pas renié dans leur conception du droit public toute idée de liberté garantie des individus, la substitution vaut d'être tentée. Et nous formulons l'espoir que la France donnera l'exemple. 'La théorie de l'acte de gouvernement cessera automatiquement dans le monde entier lorsque la France en aura reconnu l'inopportunité' (R. LAUN, Rapport sur les actes de gouvernement – Institut international de Droit public, Annuaire, 1931, p. 191). Que l'opinion publique, que le Parlement aident, par leur attitude, les juges à vaincre une timidité qui, jusqu'à ce jour, ne leur a pas permis de regarder en face l'acte de gouvernement, mais seulement d'éliminer par des procédés obliques, ses conséquences les plus abusives. »

(**Paul DUEZ**, Les actes de gouvernement, Sirey 135, réédition Bibliothèque Dalloz Novembre 2006, p. 210, préface de **Fabrice MELLERAY**, Professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (CERCCLE))

*

En définitive, le droit positif ne peut pas se satisfaire d'une théorie comme celle de l'acte de gouvernement.

En effet, contrairement à ce qu'a soutenu le Ministre des affaires étrangères dans son mémoire en défense enregistré le 27 Octobre 2011, la conception qui prévalait au dix-neuvième siècle concernant l'acte de gouvernement, ne peut plus avoir cours aujourd'hui.

Ainsi, comme le suggérait judicieusement le **Doyen Paul DUEZ** en **1935**, l'Etat de droit moderne doit abandonner la théorie de l'acte de gouvernement pour lui substituer la notion de « *réserve du pouvoir discrétionnaire* ».

La **summa divisio** répartirait, en la matière, les **mesures nécessaires** que peut résumer la formule « *le Droit commande l'édiction de telle norme générale ou particulière* », pour lesquelles l'autorité normative a **compétence liée**, d'une part, et les **mesures contingentes**, d'autre part, savoir celles qu'elle peut, à sa seule initiative, prendre ou non, à chaque fois dans le respect du **principe de légalité**. Soit, en d'autres termes, les mesures qui relèvent de **son pouvoir discrétionnaire**.

Les **mesures nécessaires** (l'édiction d'un acte réglementaire ou non réglementaire, ou, encore, le vote d'une loi) doivent pouvoir être justiciables du **contrôle juridictionnel**, aux fins notamment d'**injonction**, dès lors que, comme le formulait déjà **Aristote** au quatrième siècle avant notre ère, « *Nul ne délibère des choses qui ne peuvent être autrement* » (**Ethique à Nicomaque**, VI 1139 a 2-14) et « *On délibère sur ce qui dépend de nous* » (*ibid.*, III 1112 a 25-b 5): si la mesure doit **impérativement** être prise (**compétence liée**), le juge peut et doit intervenir en cas de **carence** de l'exécutif **qui n'a pas à délibérer** (il n'a pas le choix entre plusieurs options possibles) puisqu'il est placé dans une situation de **compétence liée**.

C'est bien le cas des **actes réglementaires** ou **législatifs** destinés à **transposer une directive ou une décision-cadre de l'Union européenne**, hypothèses où l'Etat est placé dans une situation de **compétence liée** dès lors que, conformément à l'article **88-1** de la Constitution, il a « *choisi librement d'exercer en commun certaines de (ses) compétences* » avec d'autres Etats, la décision commune s'imposant à chacun d'entre eux.

Ainsi, opposer l'acte réglementaire – susceptible de contrôle par le juge administratif – à l'acte législatif – qui serait insusceptible d'un tel contrôle – ne rend pas compte de la **situation spécifique** dans laquelle se situe l'Etat membre tenu de transposer une directive ou une décision-cadre, situation à laquelle préside le principe de **nécessité** dont le schème, selon **Emmanuel KANT**, est « *l'existence d'un objet en tout temps* » (*Critique de la raison pure*, Ed. Gallimard 1980, collection La Pléiade, p. 889).

On admettrait mal, à l'évidence, au regard du **droit constitutionnel à un recours effectif** garanti par l'article **16 DDH**, un contrôle juridictionnel à **effectivité variable** selon la nature de l'acte de transposition en droit interne dès lors que celle-ci ne doit, en rien, affecter l'**obligation de résultat** contractée par l'Etat qui est de faire en sorte que la norme adoptée par l'Institution communautaire soit transcrite dans le droit interne de chacun des Etats membres. Que la transposition, selon les règles constitutionnelles internes de l'Etat membre, se fasse par un décret ou par une loi ne change en rien la **nécessité** qui affecte l'édiction d'un tel acte.

Comment, en effet, dans l'hypothèse actuelle d'une **nécessité**, en vertu des règles constitutionnelles internes, de transposition par la loi, serait assuré le **renvoi préjudiciel** en validité de l'acte communautaire à transposer si le Conseil d'Etat n'était pas compétent pour l'ordonner dès lors que le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas être en mesure de le décider dans le cadre de la saisine a priori (article **61** de la Constitution), renvoyant cette question, précisément, aux « **juridictions administratives et judiciaires** » et rendant ce moyen **inopérant** dans le cadre de la saisine a posteriori (article **61-1** de la Constitution), considérant « *que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des 'droits et libertés que la Constitution garantit' et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (...)* » (**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, consid. 19**)?

C'est dire, qu'il s'agisse d'un **règlement autonome** (article **37** de la Constitution) ou d'une **loi**, l'acte de transposition n'est que la **mise en oeuvre** d'une décision prise en amont au niveau de l'Union européenne et non pas le résultat d'une **initiative nationale**. Le décret transposant directement la norme communautaire ou y conduisant (décret de présentation d'un projet de loi de transposition) est donc bien, à chaque fois, un **acte réglementaire justiciable du Conseil d'Etat**.

On est, dès lors, contraint d'admettre que le législateur tenu de transposer une directive ou une décision-cadre arrêtée par le Conseil de l'Union est, au regard de ses obligations communautaires, dans la même situation que celle qui enferme le pouvoir réglementaire tenu d'exécuter les lois votées par le Parlement national.

De même que l'édition du décret (article **21** de la Constitution) est **commandée** par la bonne application de la loi (**CE, 07 Mars 2008, Fédération Nationale des Mines et de l'Energie CGT – FNME-CGT, n°298138**: « (...) *l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect d'engagements internationaux de la France y ferait obstacle; (...)* », de même le vote de la loi de transposition est **exigée** par les engagements communautaires et constitutionnels de la France.

A contrario, n'est pas entaché d'illégalité le refus de prendre un décret **qui n'est pas indispensable** à l'application de la loi (*ibid.*), mais dont l'édition n'était que **contingente**.

A l'inverse, dès lors que l'édition de l'acte national **n'est pas laissée à la discrétion** d'une autorité nationale (Gouvernement ou Parlement) mais est **imposée** par la **nécessité d'un lien d'obligation de niveau supérieur** (Constitution, traités de l'Union), il est **indispensable** qu'en cas de carence de l'Etat membre, une **autorité juridictionnelle** ait la compétence et le pouvoir d'y remédier aux fins d'assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** de leurs droits fondamentaux.

On se souvient, ici, que c'est le même principe qui a guidé le raisonnement du **Chief Justice MARSHALL** dans le célèbre arrêt **MARBURY v. MADISON** rendu le 24 Février 1803 par la **Cour Suprême des Etats-Unis**, fondant le **contrôle de constitutionnalité des lois fédérales** (5 U.S. - 1 Cranch – 137 – 1803), aux termes duquel celui-ci a conclu à l'existence d'un **droit acquis** par le **Juge Marbury** à recevoir notification de son ordre d'affectation par le **Secrétaire d'Etat Madison**, ainsi qu'à l'existence d'une **voie de droit** de ce chef:

« (...) *La conclusion de ce raisonnement est que, lorsque les chefs des départements ministériels sont les agents politiques ou particuliers de l'exécutif simplement chargés de mettre en oeuvre la volonté du Président, ou plutôt appelés à agir dans des cas où l'exécutif possède de par la Constitution ou de par la loi un **pouvoir discrétionnaire**, il est parfaitement clair que leurs actes ne peuvent être examinés que d'un point de vue **politique**. Mais, lorsque la loi leur assigne une **obligation spécifique** dont l'exécution met en jeu des **droits individuels**, il est tout aussi clair que l'individu qui s'estime lésé dans ses droits est **juridiquement fondé à recourir aux lois de son pays pour obtenir justice**. (...)* »

(**Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis**, par **Professeur Elisabeth ZOLLER**, PUF Juin 2000, Droit politique et théorique, p. 89)

En France, de l'article **16 DDH** (« *Toute Société dans laquelle la **garantie des droits** n'est pas assurée, ni la **séparation des pouvoirs** déterminée, n'a point de **Constitution*** » on déduit **nécessairement** que tout moyen tendant à rendre **ineffectives** la **garantie des droits** et/ou la **séparation des pouvoirs** – comme l'est un déclinatoire de compétence qui ne renvoie pas la connaissance de l'affaire à une autre juridiction ou à un autre ordre de juridiction - doit être déclaré **irrecevable** comme conduisant à un **déni de justice**,

à l'identique de ce que stipule l'article **17** de la **Convention européenne des droits de l'homme** (**CEDH**) prohibant l'**abus de droit**:

« *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être **interprétée** comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la **destruction des droits ou libertés** reconnus dans la présente Convention ou à des **limitations plus amples** de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.* »,

ou de ce que disposent l'article **75** du Code de procédure civile (**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.*** »,

ainsi que l'article **92** du même Code:

« *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.** »*

La **compétence** étant **l'aptitude à connaître d'une affaire particulière**, le juge administratif ne peut pas se déclarer incompétent sans indiquer quel autre juge serait compétent à sa place, de telle sorte que puisse, le cas échéant, être saisi le **Tribunal des Conflits** dont la mission est, précisément, d'arbitrer la répartition des contentieux administratif et judiciaire.

Autrement dit, toute **violation vraisemblable d'un droit fondamental**, comme en l'espèce, doit pouvoir être déférée à la censure d'un **juge compétent qui existe nécessairement**: l'incompétence de tel juge ne doit pas réduire à néant le **droit à une protection juridictionnelle effective (garantie des droits)** qu'un autre juge doit être en mesure de procurer au requérant.

La **garantie des droits** n'entre pas en compétition avec la **séparation des pouvoirs** dès lors qu'il est question de **protection juridictionnelle**.

Garantie des droits et séparation des pouvoirs ne s'opposent pas, mais **se conjuguent** et se présentent, de la sorte, comme les **piliers fondateurs** de la Constitution de la France, sans lesquels celle-ci ne serait qu'un songe creux.

Chacun des **trois pouvoirs constitués** (législatif, exécutif et juridictionnel) doit exercer ses prérogatives dans la **plénitude de la compétence** à lui attribuée par le **Constituant** et dans les **limites** fixées par celui-ci.

En d'autres termes, les actes de l'organe constitutionnel considéré ne devront pêcher ni par **excès (empiètement sur le domaine de compétence d'un autre pouvoir)** ni par **carence (incompétence négative)**.

Face à une difficulté de répartition des compétences, la question à résoudre est, donc, la suivante: en adoptant la norme litigieuse, l'organe s'est-il immiscé indûment dans un domaine d'activité autre que le sien et, ce faisant, a-t-il exercé une compétence aux lieu et place d'un des deux autres organes constitutionnels?

On sait, à cet égard, 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**; que la loi du 30 décembre 1995 **n'habilitait pas le gouvernement à modifier les règles de répartition des compétences** en ce qui concerne les litiges visés par les dispositions législatives susmentionnées; que l'ordonnance du 24 avril 1996 n'a été ratifiée, ni expressément ni implicitement; que par suite, les **juridictions administratives** sont demeurées compétentes pour connaître des litiges relatifs à la mise hors convention d'un auxiliaire médical;* » (**TC, 20 Octobre 1997, M. ALBERT c/ CPAM de l'Aude et autres, n°3032**).

Or, comme le relève, encore, le **Chief justice Marshall** dans la décision précitée, « (...) *C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit.* (...) » (*ibid.*, p. 103).

C'est, ainsi, exprimer la **spécificité** de la **fonction juridictionnelle** (v. notamment **CJUE, Köbler** du 30 Septembre 2003).

On sait, de plus, que depuis la **loi** du 8 Février 1995, le juge administratif est investi du pouvoir d'adresser des **injonctions** à la Puissance publique quand « *sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé* » (article **L. 911-1** du Code de justice administrative – CJA).

Et, selon l'éclairante formule du **Professeur René CHAPUS**, « *Le prononcé de telles injonctions n'est, en effet, rien d'autre que l'explicitation des obligations résultant de la chose jugée. Par elle, le juge ne fait que continuer à juger. En d'autres termes, il ne fait que continuer à s'acquitter de sa fonction juridictionnelle et que la remplir plus pleinement.* » (Droit du contentieux administratif, Domat droit public, Montchrestien Lextenso éditions, 13e éd. 2008, p. 989, § 1107).

Il ne serait, partant, que très peu significatif d'un **contrôle juridictionnel**, au regard du **droit à une protection juridictionnelle effective**, de constater l'obligation de transposition et de demeurer coi quant à la sanction de la violation par l'Etat d'une telle obligation. *Mutatis mutandis, servatis servandis*, cette situation serait comparable, dans son degré d'incohérence, à celle que dénonçait le **Chief justice Marshall** dès **1803**:

« (...) *Ou la Constitution est un droit supérieur, suprême, inaltérable par des moyens ordinaires; ou elle est sur le même plan que la loi ordinaire et, à l'instar des autres lois, elle est modifiable selon la volonté de la législature.*

Si c'est la première partie de la proposition qui est vraie, alors une loi contraire à la Constitution n'est pas du droit; si c'est la deuxième qui est vraie, alors les constitutions écrites ne sont que d'absurdes tentatives de la part des peuples de limiter un pouvoir par nature illimité. (...) » (*ibid.*, p. 102).

C'est, au demeurant, ce que juge le **Conseil d'Etat** désormais en matière de transposition de directive, en se qualifiant de « **juge de droit commun de l'application du droit communautaire** »:

- « (...) *Considérant que la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle; que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques; que tout justiciable peut en conséquence demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives; qu'en outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires; (...) (CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés, n°298348) ;*

- « (...) *que, d'une part, (les dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel) ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ; (...) (CE, 14 Mai 2010, M. RUJOVIC, n°312305).*

C'est là une illustration communautaire de l'article 16 DDH dont on tire nécessairement:

1°) que l'**obligation constitutionnelle et communautaire** de transposer en droit interne les directives et décisions-cadres est **créatrice de droits** pour les particuliers qui ont intérêt à ladite transposition, comme c'est le cas des requérants, dans le litige ayant conduit à l'arrêt du **Conseil d'Etat** du 26 Novembre 2012 et à celui rendu le 30 Janvier 2014 par la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** ;

2°) que le **Conseil d'Etat** est tenu de « *garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques; »* ;

3°) qu'après l'expiration du délai de transposition – en l'occurrence, acquise depuis le 28 Novembre 2010 -, il ne saurait être fait application de la théorie des actes de gouvernement, **règle nationale non écrite cristallisée dans l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872** en tant qu'elle se révélerait à l'évidence **incompatible** avec l'objectif de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, norme de l'Union européenne, qui est, précisément, d'assurer sur tout le territoire de l'Union européenne une **protection juridictionnelle effective contre le négationnisme**.

Au cas concret, il n'est plus question de **délibérer** sur la question de savoir si le **négalionnisme** doit ou non être traité par le **droit pénal** puisque le **Conseil de l'Union** a décidé le 28 Novembre 2008 qu'un tel comportement devait, avant le 28 Novembre 2010, être rendu punissable sur tout le territoire de l'Union européenne, cette décision s'imposant à la France comme aux vingt-six autres Etats membres.

De même qu'en donnant **injonction** à la Puissance publique, en application de l'article **L. 911-1** du Code de justice administrative (CJA) de prendre telle « *mesure d'exécution dans un sens déterminé* », le juge administratif ne fait qu'**expliquer les obligations de la chose jugée** (i.e. celles que le jugement comprend **nécessairement**), en contrôlant, en amont de l'injonction, la **légalité** d'un refus de transposer une norme de l'Union européenne, il ne fait que **rappeler** et rendre **opposables** à l'Etat **ses propres engagements juridiques** d'ordre **constitutionnel** (**Urbi**, devant la Nation) et **communautaire** (**Orbi**, devant l'Union européenne). C'est bien l'application de l'adage « *Pacta sunt servanda* ».

L'injonction de transposer l'acte de l'institution de l'Union européenne ne procède donc pas de la volonté propre et discrétionnaire du juge, comme le ferait une autorité politique arrêtant une norme contingente, mais est la **conséquence nécessaire** d'engagements juridiques pris par l'Etat et l'application directe de normes supérieures qui résultent de ces engagements.

En outre, entre le constat de violation du droit constitutionnel interne, comme du droit de l'Union européenne, d'une part, et le jugement délivrant injonction de transposer au **Premier ministre - et non pas au Parlement -**, **ne s'interpose aucune décision d'une autre autorité de l'Etat**: ni l'organe législatif ni l'organe exécutif ne revendiquent la compétence et le pouvoir de juger qui sont l'apanage du juge.

Dans ce cas de figure, le **principe de séparation des pouvoirs** est donc intact, de même que la **garantie des droits** assurée, le tout dans le respect de l'article **16 DDH**.

En effet, la prohibition formulée par l'article **10** de la **loi des 16-24 Août 1790 Sur l'organisation judiciaire** (« *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.* » ne concerne, à l'évidence, que les **juridictions judiciaires – en dehors de la voie de fait** - dès lors que, comme le relève pertinemment le **Professeur Anne-Marie LE POURHIET**, « (...) **le juge administratif** (...) **n'existe pas à la Révolution** et va justement naître progressivement du fait que les tribunaux judiciaires aient été mis à l'écart non seulement du **jugement des lois** mais aussi de celui des **actes de l'exécutif** par l'article **13** de la même loi des 16 et 24 août 1790. »

(**Anne-Marie LE POURHIET**, Professeur de droit public à l'Université Rennes I, « *Marbury v. Madison est-il transposable en France?* » in « *Marbury v. Madison: 1803-2003 Un dialogue franco-américain* » sous la direction du **Professeur Elisabeth ZOLLER**, Actes du colloque organisé les 28 Février et 1er Mars 2003 par le Centre de droit américain de l'Université Panthéon-Assas – Paris II - Dalloz 2003 p. 136).

Ainsi, en **annulant** le refus inconstitutionnel du Premier ministre de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008, à **l'exclusion de l'article 1er, paragraphe 4 – devant être invalidé par la Cour de Luxembourg** - et en lui adressant **injonction** de transposer adéquatement cette norme supranationale, le **Conseil d'Etat** – à qui il revenait, **en l'état du droit positif antérieur au 26 Novembre 2012**, seul, de **dire le droit** aux fins de **rappeler les obligations de l'Etat** au regard de la Constitution et du droit de l'Union européenne, n'usurperait pas des fonctions qui ne seraient pas les siennes ni ne s'ingérerait dans les affaires du Gouvernement, mais, à l'inverse, ne ferait qu'exercer dans leur **plénitude** les attributions que lui confie la **Constitution** aux fins de procurer aux requérants la **protection juridictionnelle effective** que leur doit l'Etat.

L'application aux faits de l'espèce du **droit de l'Union européenne** qui rend évidente la **compétence** du Conseil d'Etat pour contrôler le refus illicite de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008, n'est qu'une illustration, même si elle est **exemplaire**, d'un **principe constitutionnel fondamental** qui la transcende qu'est la **garantie des droits**, consacré par l'article **16 DDH**.

Le **pouvoir d'injonction** que le Conseil d'Etat était conduit à exercer à l'égard de l'Etat pris en la personne du **Premier ministre** aux fins qu'il prenne un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi de transposition adéquate de ladite décision-cadre n'aurait été, partant, que *« l'explicitation des obligations résultant de la chose jugée »*.

II-/ LE LEGISLATEUR A LE POUVOIR ET, DONC, LE DEVOIR, D'EXCLURE L'ACTE DE GOUVERNEMENT DE L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE REPUBLICAIN

Le **droit** d'interdire les **actions nuisibles à la Société** se transforme, en l'occurrence, en **obligation** pour le législateur (**II-A**) dès lors que le **mécanisme de renvoi facultatif** au Tribunal des conflits se révèle, face à **l'acte de gouvernement**, insuffisant à assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** (**II-B**).

II-A/ L'OBLIGATION POUR LE LEGISLATEUR DE PREVENIR LE RISQUE DE DENI DE JUSTICE, NUISIBLE A LA SOCIETE, PROCEDE DE LA GARANTIE DES DROITS (ARTICLE 16 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789)

Aux termes de l'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. »

Le **droit** du Législateur d'interdire les actions nuisibles à la Société se transforme, ici, en **devoir**, dès lors que son intervention relève d'une **exigence constitutionnelle**, celle d'assurer à tous les justiciables une **protection juridictionnelle effective** (art. **16 DDH**).

Il n'est pas inutile, ici, à titre de prolégomènes, de rappeler la présentation du **Tribunal des conflits** qu'en fait le rapport remis au Garde des sceaux et rendu public le 10 Octobre 2013:

*« L'origine et la mission du **Tribunal des conflits** ont leur ancrage dans l'histoire. Né une première fois en 1848 mais de façon éphémère, il renaît durablement en 1872 dans la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat et remettant en vigueur la loi du 4 février 1850 sur l'organisation de la juridiction. Sa raison d'être réside dans la **loi des 16-24 août 1790** et le **décret du 16 fructidor An III** qui posent le principe de la **séparation des autorités administratives et judiciaires** et, partant, **inscrivent la dualité juridictionnelle dans notre ordonnancement juridique**. »*

La **dualité** est classiquement définie comme le « *Caractère de ce qui est **double en soi; coexistence de deux éléments de nature différente**. La dualité de l'être humain : l'âme et le corps. Une dualité d'éléments. 'Alors s'établit en moi une **lutte** ou plutôt une **dualité** qui a été le secret de toutes mes opinions (Renan, Souvenirs d'enfance). 'Ce que Danton demande à la Convention, c'est d'abolir la **dualité du pouvoir délibérant et du pouvoir exécutif**' (Jaurès, Hist. Socialiste de la révolution). » (**Dictionnaire Culturel en langue française**, Le Robert 2005, Tome II, v° **Dualité**, p. 217).*

De même, l'adjectif **dual** connote « **Double (avec un caractère de réciprocité)** (...) 'Alors, la leçon double du bachelardisme trouverait sa vérité duale (...) (Michel Serres, Hermès I) » (ibid. v° **Dual**, ale, als, ales, p. 216)

On se souvient, ici, que dans l'**analyse transcendantale kantienne** « *Le schème de la communauté (réciprocité), ou de la causalité réciproque des substances par rapport à leurs accidents, est la **simultanéité** des déterminations de l'une avec celles de l'autre suivant une **règle générale**.*

(...)

Le schème de la nécessité est l'existence d'un objet en tout temps. (...) »

(**Emmanuel KANT**, *Critique de la raison pure*, Analytique transcendantale, Editions Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade 1980, p. 889).

En outre, comme l'explicite brillamment le **Professeur Alexis PHILONENKO**, « *la catégorie de la nécessité est la catégorie suprême de la philosophie transcendantale* » (L'oeuvre de Kant, La philosophie critique, tome I, citant **H. COHEN**, *Kants Theorie der Erfahrung*, pp. 351 sq. *Logik der reinen Erkenntnis* (4. e., Berlin, 1922).

A la **nécessité** correspond le **jugement apodictique** (qui est nécessaire en droit).

On en déduit logiquement que la **nécessité** constitue l'une des **sources du Droit, naturelle en tant qu'elle est indépendante de la volonté des hommes et figure de la volonté implicite du Constituant**.

Rapportée à l'**ordre juridictionnel** auquel président la **garantie des droits** et la **séparation des pouvoirs** réunies dans l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789** (**DDH**), la **dualité** rend compte à la fois d'une **division** (des ordres judiciaire et administratif) et d'une **unité** (l'**obligation** – traduction en logique déontique de la **nécessité** de la logique formelle - de l'Etat d'assurer aux justiciables, en tout temps et sur tout le territoire de la République, une **protection juridictionnelle effective**).

Les règles édictées par le Code de procédure civile apportent, dans cet ordre d'idées, un éclairage intéressant.

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

« 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 comparaît 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. »

Quant à lui, 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 civil 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).

En outre, la faculté pour le juge civil de **relever d'office son incompétence** est encadrée par les textes en vigueur.

Ainsi, « *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.* » (art. 92, al. 2 CPC).

En tout état de cause, le juge civil n'est autorisé à ne pas juger au fond l'affaire dont il est saisi qu'à la condition de **désigner la juridiction qu'il estime compétente**, savoir la juridiction **répressive, administrative, arbitrale ou étrangère**, désignation, dans ces derniers cas, purement **indicative** qui invite « *seulement les parties à mieux se pourvoir* » (art. 96, al. 1er CPC) ou, à l'inverse, **prescriptive** qui, « *Dans tous les autres cas (...) s'impose aux parties et au juge de renvoi.* » (art. 96, al. 2 CPC).

Ici, le **risque de déni de justice** n'existe pas ou, tout au moins, se trouve limité par la **désignation de la juridiction présumée compétente** et par le mécanisme de l'article 34 du **décret du 26 Octobre 1849** qui fait de la saisine du **Tribunal des conflits** une **obligation** pour le juge civil si le juge administratif s'est antérieurement déclaré incompétent pour juger le même litige.

Le **principe de réciprocité** qui accompagne la **dualité** de l'ordre juridictionnel français impose que les mêmes règles soient suivies par le juge administratif. Il appartient, dès lors, au **Conseil d'Etat**, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de saisir le **Tribunal des conflits lorsqu'il estime qu'une affaire échappe à tout contrôle juridictionnel, administratif ou judiciaire**. En d'autres termes, le **Conseil d'Etat** ne peut pas constitutionnellement étouffer un contentieux, couper le lien entre le justiciable et la Constitution et substituer sa propre décision sur la compétence à celle du **Tribunal des conflits**.

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).

Ainsi, la **faculté** de saisine du juge des conflits prévue par l'article **35** du **décret** du **26 Octobre 1849**, - dont l'**extension à toutes les juridictions** est préconisée par le **Groupe de travail** sur la réforme du Tribunal des conflits (*pièce n°22 – page 10*) - lorsque se présente « *une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires* » se transforme, pour le **Conseil d'Etat**, en **obligation**, en vertu de l'article **16 DDH**, dès lors que lui-même estime qu'aucun juge national ne devrait connaître du litige dont il est saisi.

Il n'y a, à cet égard, **aucune contradiction** à envisager l'exercice du **pouvoir juridictionnel** tant du point de vue du **droit** que de l'**obligation**: c'est un **droit** pour le juge d'exercer ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent (**compétence liée**), parce que c'est d'abord pour lui une **obligation**.

On sait, en effet, classiquement, selon la figure de **logique déontique** dite « *carré d'Aristote* » (**carré des oppositions**) que la **contradiction** ne peut exister qu'entre, d'une part, l'**OBLIGATOIRE** (**LE NECESSAIRE**) (proposition **universelle** relevant du **monde intelligible**) et le **CONTINGENT** ou le **FACULTATIF** (**LA POSSIBILITE DE NE PAS ETRE OU DE NE PAS FAIRE** - proposition **particulière** relevant du **monde sensible**) et, d'autre part, entre l'**INTERDIT** (**L'IMPOSSIBLE**) (monde intelligible) et le **PERMIS** (**LA POSSIBILITE D'ETRE OU DE FAIRE**) (monde sensible).

Ainsi, de même que l'**OBLIGATOIRE** implique la **PERMISSION DE FAIRE**, de même l'**INTERDIT** implique la **PERMISSION DE NE PAS FAIRE**.

La **liberté** qui « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » (art. **4 DDH**) se rencontre en l'**absence simultanée** de l'**OBLIGATOIRE** et de l'**INTERDIT**, ce qu'exprime l'article **5 DDH**, premier texte de **logique déontique à valeur constitutionnelle** :

« *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.* ».

En d'autres termes, la **possibilité** d'exercer le pouvoir réglementaire ou juridictionnel (par exemple, **relever un moyen d'office**) **connote, selon les circonstances, l'obligation** de l'exercer (**définition par compréhension**), elle la suppose. Ici, **obligation** et **droit** ne s'opposent que par l'**intensité de l'initiative** dans l'exercice dudit pouvoir qui sera :

- **maximale** si l'édition de la norme ou la prise de décision coïncide avec la volonté (l'**intention**) de son auteur (droit et obligation se confondent alors – hypothèse du **pouvoir discrétionnaire**),

- **minimale** dans le cas inverse où une **volonté extérieure** ou une **nécessité** s'impose à l'autorité compétente pour qu'elle adopte la norme ou prenne la décision (hypothèse de la **compétence liée**).

L'**obligation** apparaît, ainsi, comme l'**expression la plus dense du droit** (possibilité de faire), en quelque sorte, son **noyau dur** ou son **socle irréductible**. C'est dans la rencontre des extensions multiples et indéterminées à l'origine, de l'obligation, avec celles de l'interdiction, que naît la **liberté absolue de faire et/ou de ne pas faire** (**intersection** des deux ensembles **OBLIGATION / INTERDICTION**).

Comme il est logique, le **pouvoir** est un **concept à deux faces** : le **droit**, mais aussi **l'obligation de faire**.

*

Le souci de **prévenir tout risque de déni de justice** que peut générer un **conflit négatif** et qui est prohibé par l'article **16 DDH**, est, au demeurant, parfaitement perceptible à la lecture du **rapport** précité (*pièce n°22 - pages 10-11*) :

« (...) *Cependant, la saisine en **prévention d'un conflit négatif**, quoique très utile, présente le désavantage de ne pouvoir être mise en œuvre **qu'en cas de saisine de l'autre ordre de juridiction**, éventuellement après l'exercice et l'épuisement des voies de recours dans l'ordre de juridiction initialement saisi, ce qui constitue un facteur d'allongement des procédures.*

*C'est pourquoi il a paru hautement souhaitable de donner à toute juridiction saisie d'un litige présentant une difficulté sérieuse de compétence la faculté reconnue actuellement aux seules juridictions suprêmes de renvoyer au Tribunal le soin de désigner l'ordre de juridiction compétent. En effet, actuellement, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont la faculté de saisir le Tribunal lorsqu'il leur apparaît qu'une question sérieuse de compétence se pose dans un litige qui leur est soumis. Il s'agit de prévenir un conflit par un mécanisme de renvoi laissant au Tribunal des conflits le soin de décider de l'ordre de juridiction compétent. Cette faculté est assez fréquemment usitée et se révèle très pertinente dans un **contexte de complexification et d'imbrication du droit privé et du droit public**. Il est donc apparu opportun, non seulement de ne pas apporter de modifications à ce dispositif mais encore d'en **étendre la mise en œuvre devant toutes les juridictions du fond**. Il s'agit ainsi de **favoriser très en amont la prévention d'un conflit** et, partant, d'éviter tout retard dans le traitement du fond d'un litige. La juridiction, de l'un ou l'autre ordre, saisie d'un litige dans lequel une question de compétence sera soulevée, appréciera le caractère sérieux de la difficulté et, si elle l'estime nécessaire, en saisira le Tribunal des conflits par une décision insusceptible de recours. Le Tribunal devra alors statuer dans le délai de trois mois afin de permettre le déroulement de la procédure devant la juridiction effectivement compétente. Cette nouvelle possibilité n'est pas assimilable à une demande d'avis puisque cette décision, comme toutes celles du Tribunal des conflits, s'impose aux juridictions.*

*Le groupe de travail n'a pas méconnu le risque d'un accroissement important de la charge de travail susceptible d'en résulter pour le Tribunal des conflits, difficilement compatible avec les moyens dont il dispose. Pour autant, **il ne lui a pas paru indispensable de prévoir un filtrage par la juridiction suprême** dans l'ordre auquel appartient la juridiction saisie du litige, dans la mesure où l'organisation d'un recours générerait des délais en contrariété avec l'objectif de célérité de la disposition proposée. Au demeurant, la possibilité, ci-dessus évoquée, donnée au président du Tribunal des conflits de statuer par ordonnance lorsque la solution s'impose à l'évidence est de nature à contribuer efficacement à la maîtrise des flux. (...) »*

Dès lors, en application de l'article **16 DDH**, seul le **Tribunal des conflits** est habilité à arbitrer une contestation quant à la compétence juridictionnelle y compris dans l'hypothèse où, comme en l'espèce (demande de dépôt d'un projet de loi constitutionnelle - arrêt d'incompétence du Conseil d'Etat du 20 Janvier 2014), les **conditions formelles** d'application de l'article **34 du décret du 26 Octobre 1849** – déclaration d'incompétence préalable d'un ordre de juridiction - **ne sont pas en apparence réunies**.

C'est bien ce qu'exprime la Doctrine classique :

« (...) *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 dotés d'une **complète immunité de juridiction**, celle-ci résultant (nous le verrons) de **l'incompétence conjugée 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 (discrédit social)** et le **droit à une protection juridictionnelle effective (garantie des droits)**.

L'analyse de la jurisprudence révèle, au demeurant, que l'invocation de la **théorie de l'acte de gouvernement** 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. (...) »*

Or à plusieurs reprises, 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, Dufeulle, 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.*)*

Ainsi, en retirant à la mesure en cause la qualification d'acte de gouvernement que le pouvoir exécutif prétendait lui attribuer pour le faire échapper à tout contrôle juridictionnel, le **Tribunal des conflits** réaffirme la nécessité pour l'Etat d'assurer une **protection juridictionnelle effective** à tous les justiciables.

L'article 26 de la loi du 24 Mai 1872, objet de l'une des trois QPC dont le **Conseil d'Etat** a été saisi (**CE, 20 Janvier 2014, Maître Philippe KRIKORIAN c/ M. le Président de la République et M. le Premier ministre**, n°372883), 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**. Le **rapport** du Groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits susmentionné (*pièce n°22*) procède de la même idée : **prévenir le conflit négatif et le déni de justice qui l'accompagne**.

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** (**TC, 27 Juin 1966, Guigon**).

Le **Tribunal des conflits** est, dans ces conditions, tout désigné pour arbitrer, dans le respect de l'article 16 DDH (**garantie des droits et séparation des pouvoirs**) 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).

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

Le **principe de non-contradiction** s'impose ici : dès lors que les articles 34 et 35 du **décret du 26 Octobre 1849** Régplant les formes de procéder du Tribunal des conflits tendent tous deux à **prévenir un conflit négatif et, partant, un risque de déni de justice prohibé par l'article 16 DDH**, toute situation analogue doit bénéficier de la **même protection juridictionnelle**.

Or, comme susdit, la notion d'**acte de gouvernement abolit, dans sa définition même, tout contrôle juridictionnel, alors même que sont en jeu, comme en l'espèce, des droits fondamentaux. Ni le juge administratif ni le juge judiciaire** (hors le cas de la **voie de fait** qui est exclusive de l'acte de gouvernement) ne se reconnaîtront compétents pour contrôler la légalité d'une action ou d'une omission de l'exécutif pouvant recevoir une telle qualification.

C'est dire que le juge – ici, le **Conseil d'Etat** – qui estime ne pas être compétent, en considérant qu'il est en présence d'un **acte de gouvernement**, considère implicitement, mais nécessairement, **qu'aucune juridiction de l'autre ordre ne le serait davantage.**

Dans cette hypothèse d'existence alléguée d'un **acte de gouvernement**, la première condition prévue par l'article 34 du **décret du 26 Octobre 1849** Régplant les formes de procéder du Tribunal des conflits (**déclaration préalable d'incompétence d'un premier ordre de juridiction**) doit être **réputée remplie** (c'est exactement la situation qui découle du rapprochement des arrêts respectifs du **Conseil d'Etat** et de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** en date des 26 Novembre 2012 et 30 Janvier 2014). L'obligation de saisir le **Tribunal des conflits** en découle naturellement.

Une fois tranchée la question de **compétence**, l'ordre ou les ordres de juridiction désignés par le **Tribunal des conflits** auront à déterminer les mesures à édicter aux fins de mettre un terme à l'abstention illicite de l'exécutif. Ce second moment du procès intéressera **l'exercice des pouvoirs du juge compétent**, se traduisant par **l'annulation de la décision illégale** et la délivrance d'une **injonction de faire** quand la décision du juge « *implique nécessairement (...) une mesure d'exécution dans un sens déterminé* »(art. L. 911-1 CJA).

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 (qui **laisse perdurer un discrédit social et inachevée la garantie des droits**) ressortit **nécessairement** à la compétence d'au moins une juridiction française, sauf à conclure à la compétence d'une juridiction étrangère ou arbitrale.

*

.../...

Comme l'ont explicité les développements qui précèdent la **théorie de l'acte de gouvernement** qui sous-tend le **moyen d'incompétence relevé d'office** le 04 Novembre 2013, 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.

Aussi, le **Conseil d'Etat, maître de la règle prétorienne qu'il a lui-même forgée et qu'il peut donc défaire, exception d'incompétence que le législateur est venu consacrer par l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872**, serait-il pleinement autorisé, à cet égard, à faire évoluer sa jurisprudence et à purger celle-ci de ce « *symbole défectueux qu'est l'acte de gouvernement* », selon l'heureuse et toujours actuelle expression du **Doyen Paul DUEZ** (Les actes de gouvernement, 1935, Dalloz 2006, conclusion, p. 210).

En outre, le **renvoi préjudiciel au Tribunal des conflits**, tel que demandé par le requérant, en application de l'article **16 DDH**, - seul de nature à évacuer le **grief légitime de partialité** - pour que soit tranchée la **question sérieuse de compétence** qui se pose en l'espèce, encouragé par les judicieuses conclusions du rapport du **Groupe de travail** sur la réforme du Tribunal des conflits (*pièce n°22*), comptant en son sein notamment **deux éminents membres du Conseil d'Etat** (**Monsieur Jacques ARRIGHI DE CASANOVA** – Vice-Président du Tribunal des conflits depuis le 20 Janvier 2014 - et **Monsieur Jacques-Henri STAHL**) ne pourrait, dans cette perspective, que fortement contribuer à la **consolidation de l'Etat de droit**, ainsi qu'à « *la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* » qui est « *Le but de toute association politique* » (article **2 DDH**).

Pour autant, la **nécessaire protection juridictionnelle effective** due par l'Etat aux justiciables ne saurait être subordonnée à une **possible – mais non actuelle** - évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat, en matière d'**actes de gouvernement**, qui ne dépend que de lui-même (**réforme potestative**). La **voie législative** est, partant, incontournable.

Maître KRIKORIAN se range, dès lors, pour le succès de ses **légitimes prétentions** et dans le libre exercice de son recours au service du **Bien commun**, sous les auspices de la **Raison universelle** (le **Droit**, selon la formule de **PORTALIS**), **nécessaire à la démocratie et intemporelle** :

« Il existe une loi vraie, c'est la droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous les êtres, toujours d'accord avec elle-même, non sujette à périr; qui nous appelle impérieusement à remplir notre fonction, nous interdit la fraude et nous en détourne (...). A cette loi nul amendement n'est permis, il n'est licite de l'abroger ni en totalité ni en partie. (...) Cette loi n'est pas autre à Athènes, autre à Rome, autre aujourd'hui, autre demain, c'est la seule et même loi éternelle et immuable, qui régit toutes les nations et en tous temps. (...) CICERON, De la République, III, 27, trad. Charles APPUHN (Dictionnaire Culturel en langue française, Le Robert 2005, Tome II, v° Droit, pp. 210 – 211).

*

.../...

II-B/ LE RENVOI FACULTATIF AU TRIBUNAL DES CONFLITS PREVU DANS LE PROJET DE LOI NE SUFFIT PAS A PREVENIR LE DENI DE JUSTICE ET PARTANT A ASSURER AUX JUSTICIABLES UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

En droit positif, le **Tribunal des conflits** est susceptible d'être saisi de **quatre types de conflit** (v. site officiel du Tribunal des conflits) :

1°) Conflit positif

« Lorsque l'Administration, en la personne du préfet de département ou de police de Paris, conteste la compétence d'un tribunal de l'ordre judiciaire pour juger d'une affaire dont ce dernier a été saisi. »

(articles **6 à 8** de l'**ordonnance** du 1er Juin 1828 sur les conflits d'attribution)

2°) Conflit sur renvoi

*« **Conflit sur renvoi en prévention d'un conflit négatif** - lorsqu'un tribunal, administratif ou judiciaire, a jugé, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, qu'il n'était pas compétent, tout tribunal de l'autre ordre de juridiction saisi du même litige, qui estime que celui-ci relève du premier ordre saisi, doit surseoir à statuer et renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence.*

***Conflit sur renvoi d'une juridiction statuant souverainement** - lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation sont saisis d'un litige « qui présente, à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires. » »*

(articles **34** et **35** du **décret** du 26 Octobre 1849 Régplant les formes de procéder du Tribunal des conflits)

3°) Conflit négatif

« Lorsqu'une juridiction administrative et une juridiction judiciaire se sont toutes deux déclarées successivement incompétentes pour juger d'un même litige - sans que la seconde ait fait jouer la procédure de renvoi en prévention du conflit négatif - les parties peuvent saisir le Tribunal des conflits pour qu'il désigne l'ordre de juridiction compétent pour en connaître. »

(article **17** du **décret** du 26 Octobre 1849 Régplant les formes de procéder du Tribunal des conflits)

4°) Conflit de décisions

« Lorsque des juridictions appartenant à chacun des deux ordres ont, sans décliner leur compétence, rendu dans un même litige des décisions contraires qui conduisent à un déni de justice. »

(**Loi du 20 avril 1932** ouvrant un recours devant le tribunal des conflits contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent contrariété aboutissant à un **déni de justice**).

Il ressort des textes en vigueur (notamment articles **17, 34 et 35** du **décret du 26 Octobre 1849**) que le justiciable peut être confronté à une situation génératrice de **déni de justice**, dès lors que la juridiction saisie en second refusera de faire application de l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** au motif qu'elle estime, explicitement ou implicitement, que le litige ne ressortit à la **compétence d'aucun des deux ordres juridictionnels nationaux**.

Ce cas illustre, de manière emblématique, comme susdit, **l'influence de l'acte de gouvernement sur les juridictions judiciaires** qui vont, en violation flagrante de l'article **5** du **Code Civil** qui **prohibe les arrêts de règlement**, se référer « *à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, non contraire à celle du Tribunal des conflits, qui dénie sa compétence en matière d'actes pris par le gouvernement dans ses rapports avec le Parlement* » (**CA Aix-en-Provence, 30 Janvier 2014, M. et Mme Grégoire KRIKORIAN et a. c/ M. le Premier ministre**, RG n°13/14830, n°2014/84 – pièce n°35).

De fait, dans sa jurisprudence classique – il est vrai antérieure à la consécration de l'article **16 DHH** comme **norme constitutionnelle à part entière** par la décision CC, n°71-44 DC du **16 Juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association** (liberté d'association) - le **Tribunal des conflits**, y compris pour le **conflit négatif** (article **17** du **décret du 26 Octobre 1849**), subordonne **l'efficacité** – voire la **recevabilité** – de sa saisine à la **compétence** de l'une des juridictions qui se sont déclarées incompétentes :

« (...) **Sur la recevabilité** (...) ; *que l'une des deux juridictions saisies était compétente, ainsi qu'il sera décidé ci-après ; que, par suite, alors même que l'arrêté du Conseil du Contentieux administratif précité n'aurait pas été notifié à la Société des bois du Sud dans les formes de nature à faire courir contre cette dernière le délai d'appel, il y a lieu de régler la compétence ; (...)* »

(**TC, 06 Novembre 1967, Société des bois du Sud c/ Société Néo-Calédonienne d'énergie**, Rec. p. 655)

La **jurisprudence récente** confirme **l'influence que l'acte de gouvernement** fait sentir auprès des **juridictions judiciaires**.

Ainsi, la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence**, saisie, sur le fondement de la **voie de fait** imputable à l'Etat, d'une demande de transposition 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 (JOUE 06 Décembre 2008, L. 328/55), après avoir, dans un premier temps, **refusé** de transmettre à la **Cour de cassation** la **question prioritaire de constitutionnalité** de l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** sur l'organisation du Conseil d'Etat – objet de la présente réforme – aux motifs notamment que « *ce texte a vocation à s'appliquer, au sens strict, devant la juridiction administrative dans le cadre de la procédure de conflit positif* » et qu'il ne serait donc pas applicable au litige porté devant la Cour d'appel (**CA Aix-en-Provence, 10 Octobre 2013, M. et Mme Grégoire KRIKORIAN et a. c/ M. le Premier ministre**, RG n°13/14830, n°2013/684 – pièce n°34),

va, dans un second temps, **se déclarer incompétente**, au **motif dubitatif** que « *la reconnaissance même d'une voie de fait, en l'espèce, ne permettrait pas au juge judiciaire de faire cesser le manquement aux droit interne et communautaire dénoncé par les appelants ;* » (**CA Aix-en-Provence, 30 Janvier 2014, M. et Mme Grégoire KRIKORIAN et a. c/ M. le Premier ministre**, RG n°13/14830, n°2014/84 – pièce n°35).

Mais, il y a plus, l'arrêt est la preuve flagrante que le **mécanisme de prévention du conflit négatif**, tel qu'il qu'il est, aujourd'hui, prévu par l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849**, **n'est pas efficace**, précisément lorsqu'est en jeu une **décision violant les droits fondamentaux** (en l'espèce, le droit à une protection juridictionnelle effective contre le **négationnisme**) qualifiée commodément par le pouvoir exécutif d'**acte de gouvernement**, dans le but exprès de la faire échapper à tout contrôle juridictionnel.

On doit rappeler, à ce propos qu'aux termes de l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** Régulant les formes de procéder du Tribunal des conflits :

*« 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 juridictions 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.** »*

Or, ce texte n'a été d'**aucune utilité**, face à l'**acte de gouvernement**, ce, malgré la **double déclaration d'incompétence** du Conseil d'Etat et du juge judiciaire, concernant le **même litige** :

*« Attendu que, **saisi du même litige, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 26 novembre 2012, a rejeté la requête des intéressés, parties à la présente instance** ;*

*Mais attendu que la mise en œuvre de la procédure de prévention du conflit négatif suppose que cette cour considère que **l'autre ordre juridictionnel est effectivement compétent pour statuer sur le litige** ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, eu égard à la **jurisprudence constante du Conseil d'Etat, non contraire à celle du Tribunal des conflits, qui dénie sa compétence en matière d'actes pris par le gouvernement dans ses rapports avec le Parlement** ; qu'il s'ensuit qu'il n'y a lieu de renvoyer la question de compétence au Tribunal des conflits ;*

(...) »

(CA Aix-en-Provence, 30 Janvier 2014, M. et Mme Grégoire KRIKORIAN et a. c/ M. le Premier ministre, RG n°13/14830, n°2014/84 – pièce n°35).

On ne saurait mieux faire que renvoyer à la pertinente analyse qu'en fait 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 »)

Toutefois, la voie de fait ne pourra plus, à l'avenir, constituer un rempart efficace contre l'acte de gouvernement dès lors que le **Tribunal des conflits** en a récemment considérablement réduit le champ d'application.

De fait, 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 Annecy 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; (...) »***

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).

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**).

Dès lors, en application de l'article **16 DDH**, seul le **Tribunal des conflits** est habilité à arbitrer une contestation quant à la compétence juridictionnelle y compris dans l'hypothèse où les **conditions formelles** d'application de l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** – déclaration d'incompétence préalable d'un ordre de juridiction - **ne sont pas en apparence réunies**.

C'est bien ce qu'exprime la Doctrine classique :

« (...) 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 (...)

Seule, **l'obligation de renvoi au Tribunal des conflits** permet, en cas de **conflit négatif** généré par **l'acte de gouvernement**, de procurer aux justiciables la protection juridictionnelle que leur doit l'Etat.

En effet, la **faculté** de renvoi de la question de compétence se transforme en **obligation** (expression la plus dense du droit - noyau dur – socle irréductible) quand la juridiction saisie en premier porte une **appréciation de compétence exclusive**.

Les dispositions figurant dans le projet de loi (art. 7 – art. 12, 1° et 2° de la future loi : « *Lorsqu'une juridiction de l'un ou l'autre ordre lui a renvoyé la question de compétence soulevée dans un litige.* ») qui ne prévoit qu'une **faculté** de renvoi au **Tribunal des conflits**, se révèlent, partant, insuffisantes pour assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** que leur doit l'Etat et qui ne peut être trouvée que dans **l'obligation de renvoi** au juge du conflit.

*

Il y a lieu, dès lors, de compléter le dispositif législatif en appliquant les trois principes suivants :

1°) Premier principe : un litige porté devant une **juridiction française étatique**, judiciaire ou administrative, relève **nécessairement** de la compétence soit d'une juridiction **nationale, supranationale, ou étrangère**. Cette appréciation, en cas de contestation sur la compétence, ne peut être portée de façon **irrévocable** que par le **juge du conflit**, sous la **responsabilité de l'Etat**.

2°) Deuxième principe : **Prévenir le conflit négatif de compétence**, générateur de **déni de justice** prohibé par l'article 16 DDH. D'où **l'obligation** – et non pas seulement la **faculté** - pour la juridiction qui estime son ordre incompetent, de **désigner** l'autre ordre de juridiction comme étant compétent ou, à défaut, de **saisir le Tribunal des conflits** pour qu'il tranche la question de compétence. Il revient, en effet, naturellement au **Tribunal des conflits** d'arbitrer le conflit de compétence y compris lorsque le litige est **susceptible d'échapper à la juridiction nationale ou étatique**. Seul, par **essence** et en application de l'article 16 DDH, le **Tribunal des conflits** est habilité à **exclure un litige du cercle juridictionnel national ou étatique**.

3°) Troisième principe : Conserver au nouveau mécanisme sa **cohérence** et son **efficacité** qu'impose l'exigence de **protection juridictionnelle effective** due par l'Etat aux justiciables (art. 16 DDH). Ainsi, le législateur doit-il **anticiper sur l'abstention du juge** qui se déclarerait incompetent **sans désigner l'autre ordre de juridiction** comme ayant compétence pour statuer sur le litige. En effet, dans ce cas, il est manifeste que c'est la **double incompétence supposée** des deux ordres de juridiction qui est la cause de cette abstention. La loi doit, donc, **rétablir le lien juridictionnel** en **réputant le Tribunal des conflits saisi de plein droit** et en permettant effectivement à toute partie au litige de faire trancher, dans un **délai raisonnable**, la question de compétence.

II-/ FORMULATION DE L'AMENDEMENT

A l'article 7, I, 3° dudit projet de loi (**TITRE III – DISPOSITIONS RELATIVES AU TRIBUNAL DES CONFLITS**), il est proposé d'ajouter un article 17 de la loi du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, ainsi rédigé :

« 1. *Devant toutes les juridictions, y compris le Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, les parties se défendent elles-mêmes ou par ministère d'Avocat, selon les règles propres à chaque juridiction.*

2. *Le Tribunal des conflits est obligatoirement saisi par la juridiction qui estime que le litige qui lui est soumis ne relève ni de la compétence de son ordre, ni de celle de l'autre ordre de juridiction. La décision de renvoi est insusceptible de recours et s'impose aux parties, comme au Tribunal des conflits, qui doit désigner la ou les juridictions compétentes dans le délai de trois mois à compter de sa saisine.*

3. *Chaque partie au litige peut faire constater, par tout moyen, la saisine de plein droit du Tribunal des conflits qui n'aurait pas été avisé par la juridiction dans le délai de huit jours à compter de la décision de renvoi rendue dans les conditions prévues au deuxième alinéa. La même faculté est ouverte aux parties, sans condition de délai, lorsque la juridiction qui estime son ordre incompetent ne se prononce pas expressément sur la compétence de l'autre ordre de juridiction. Dans les cas prévus au présent alinéa, le délai de trois mois dont dispose le Tribunal des conflits pour rendre sa décision court du jour où il a été informé par la partie la plus diligente. »*

*

Fait à Marseille,

Le 10 Février 2014,

Maître Philippe KRIKORIAN

Le requérant fonde sa présente requête sur les **pièces, textes, décisions de jurisprudence et notes de doctrine** suivantes :

I/ PIECES (n°1 à 32 pour mémoire; n°33 à 38 en copie jointe)

1. **Raymond CARRE de MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920-1922, réédition Dalloz 2004, p. 736
2. **CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; article de **Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* » publié dans la **Gazette du Palais** des 2-4 Décembre 2007 et sur le site Internet **www.philippekrimorian-avocat.fr**
3. **CJUE, 26 Juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones**, C-305/05 (question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001)
4. **Henri BERGSON**, Les deux sources de la morale et de la religion, 1932
5. **Karl POPPER**, La société ouverte et ses ennemis, 1942
6. Eloge du Président Séguier, p. 40 in Portalis, père du Code civil par **Jean-Luc A. CHARTIER**, Fayard 2004, p. 51
7. **CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice**, n°259584
8. **Maître Philippe KRIKORIAN**, « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, p. 10
9. **Paul DUEZ**, Les actes de gouvernement, Sirey 135, réédition Bibliothèque Dalloz Novembre 2006, p. 210, préface de **Fabrice MELLERAY**, Professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (CERCCLE)
10. **CE, Ass. 08 Février 2007, GARDEDIEU c/ Ministère de la Santé et des Solidarités**, n°279522
11. **Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841; **Dimitri HOUTCIEFF**, note sous **Cass. 3° Civ., 28 Janvier 2009**, D. 2009, p. 2010, § 11
12. **CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009**, consid. 18
13. **CE, 18 Juin 2008, GESTAS**, n°295831, JCP 2008, II, 10141, note J. Moreau cité par **Maître Philippe KRIKORIAN** in « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, p. 17
14. **Proposition de loi constitutionnelle de Maître Philippe KRIKORIAN du 18 Décembre 2012** tendant à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et à l'instauration d'une garantie des droits effective
15. **CA Aix-en-Provence, 03 Septembre 2009, SARL FITNESS GYM et Antony MANKICHIAN c/ SCP SACORILA**, n°2009/ 283, RG 07/16741
16. **CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 29 Avril 2013, M. AGOPIAN**, n° 366058
17. **Demandes préalables en date du 04 Juillet 2013 de dépôt d'un projet de loi constitutionnelle relative à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et tendant à l'instauration d'une garantie des droits effective** (article 89 de la Constitution du 04 Octobre 1958), reçues le 08 Juillet 2013 par **Monsieur le Président de la République et Monsieur le Premier ministre**

18. **Lettre** en date du 09 Juillet 2013 de **Monsieur Pierre VALLEIX**, Conseiller justice de **Monsieur le Président de la République** (**transmission du dossier à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice**)
19. **Lettre** en date du 06 Août 2013 de **Monsieur Pierre VALLEIX**, Conseiller justice de **Monsieur le Président de la République** (**confirmation de la transmission du dossier à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice**)
20. **Lettre** en date du 1er Octobre 2013 de **Maître Philippe KRIKORIAN** à **Monsieur le Premier Président de la Cour de cassation**, avec plaquette de présentation du colloque consacré au statut constitutionnel de l'Avocat défenseur, organisé à Marseille, Maison de l'Avocat
21. **Lettre en réponse** en date du 03 Octobre 2013 de **Monsieur Vincent LAMANDA**, **Premier Président de la Cour de cassation**, à **Maître Philippe KRIKORIAN**
22. **Rapport du Groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits** remis le 10 Octobre 2013 à **Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice**
23. **Recours pour excès de pouvoir** du 17 Octobre 2013
24. **Mémoire portant question prioritaire de constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat**
25. **Mémoire portant question prioritaire de constitutionnalité de l'ensemble de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et notamment ses articles 3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53
26. **Mémoire portant question prioritaire de constitutionnalité des articles L. 521-1 et L. 522-3 du Code de justice administrative**
27. **Lettre recommandée avec demande d'avis de réception** en date du 04 Novembre 2013 de **Madame Isabelle de SILVA**, Présidente de la Sixième Sous-section de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, reçue par **Maître Philippe KRIKORIAN** le 07 Novembre 2013 (**communication du moyen relevé d'office tiré de l'incompétence de la juridiction administrative – art. R. 611-7 CJA**)
28. **Lettre** en date du 18 Octobre 2013, reçue le 23 Octobre 2013, de **Monsieur Jean-Marc SAUVE**, **Vice-Président du Conseil d'Etat**, en réponse à l'invitation de **Maître Philippe KRIKORIAN** à participer au colloque consacré au statut constitutionnel de l'Avocat défenseur, organisé à Marseille, Maison de l'Avocat, le 22 Octobre 2013
29. **Observations de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 15 Novembre 2013 sur **moyen relevé d'office** (**présent acte – cinquante-huit pages ; vingt-neuf pièces inventoriées sous bordereau**)
30. **Mémoire en défense** en date du 28 Novembre 2013 de **Madame la Garde des sceaux, Ministre de la justice** (**deux pages**)
31. **Mémoire en réplique de Maître Philippe KRIKORIAN portant question prioritaire de constitutionnalité** en date du 06 Décembre 2013 (**soixante-quatorze pages ; trente et une pièces inventoriées sous bordereau**)
32. **Réquisit** : « *Ce qui est nécessairement requis pour une fin donnée (cette fin pouvant être soit la conformité à une définition, soit la possibilité d'une hypothèse, soit la solution d'un problème, soit la production d'un effet, etc.). 'Pour connaître une chose, il faut considérer tous les réquisits de cette chose, c'est-à-dire tout ce qui suffit à la distinguer de toute autre chose ; et c'est ce qu'on appelle Définition, Nature, Propriété réciproque'* **LEIBNIZ, de la Sagesse, Gerh., VII, 83 (...)** » **Vocabulaire technique et critique de la philosophie André LALANDE**, PUF, 1ère édition 1926, 3° édition Quadrige Novembre 2010, v°Réquisit, p. 924)
33. **CE, 26 Novembre 2012, Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et a. c/ Premier ministre, n°350492** (**demande contentieuse de transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008.**)

34. CA Aix-en-Provence, 10 Octobre 2013, M. et Mme Grégoire KRIKORIAN et a. c/ M. le Premier ministre, RG n°13/14830, n°2013/684
35. CA Aix-en-Provence, 30 Janvier 2014, M. et Mme Grégoire KRIKORIAN et a. c/ M. le Premier ministre, RG n°13/14830, n°2014/84
36. CE, 20 Janvier 2014, Maître Philippe KRIKORIAN c/ M. le Président de la République et M. le Premier ministre, n°372883
37. Lettre recommandée avec demande d'avis de réception de Maître Philippe KRIKORIAN en date du 28 Janvier 2014 à Monsieur le Président du Conseil constitutionnel aux fins de prendre acte de la saisine de plein droit du Conseil constitutionnel (article 23-7, al. 1er, troisième phrase de l'ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel)
38. Lettre en réponse en date du 03 Février 2014 de Monsieur Jean-Louis DEBRE, Président du Conseil constitutionnel, à Maître Philippe KRIKORIAN (refus de juger les QPC)

II-/ DOCTRINE

1. Article de Maître Philippe KRIKORIAN « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* » publié dans la Gazette du Palais, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007
2. Article de Maître Philippe KRIKORIAN « *L'avocat et le juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, pp 10-18

*
