

MEMOIRE PORTANT QUESTION PRIORITAIRE
DE CONSTITUTIONNALITE

A

MONSIEUR LE PRESIDENT ET MESDAMES ET
MESSIEURS LES CONSEILLERS COMPOSANT LA
SECTION DU CONTENTIEUX DU CONSEIL D'ETAT

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

(en application des articles **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, **R. 771-13** et suivants du Code de justice administrative)

présentée à l'appui de le requête n°350492 enregistrée le **30 Juin 2011**, des mémoires en réplique en date des **09 Décembre 2011** et **16 Mars 2012** (*pièce n°144*) et de la note en délibéré en date du **09 Novembre 2012** (*pièce n°149*)

et formulée ci-après, en pages **5-6/49** et **46-47/49** du présent acte, **écrit distinct et motivé**;

POUR :

1°) Monsieur Grégoire KRIKORIAN, de nationalité française, Commissaire Divisionnaire Honoraire de la Police Nationale,

2°) son épouse, Madame Suzanne KRIKORIAN née **TATOYAN**, de nationalité française, Professeur retraité,

(**vingt-quatre autres requérants**)

.../...

Tous représentés par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat au Barreau de Marseille, dont le Cabinet est sis 14, Rue Breteuil 13001 MARSEILLE, **adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20**, Tél. 04 91 55 67 77 FAX 04 91 33 46 76, courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr, site internet www.philippekrimorian-avocat.fr -

.../...

CONTRE :

L'ETAT pris en la personne de **Monsieur le Premier Ministre** domicilié Hôtel de Matignon – 57, Rue de Varenne 75700 PARIS

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

en ce qu'il:

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

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

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

*

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

.../...

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

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

I-A/ LA DEMANDE DES REQUERANTS

Selon **requête n°350492** enregistrée le 30 Juin 2011 au Secrétariat du contentieux, **mémoire en réplique** du 09 Décembre 2011 et **mémoire en réplique n°2** en date du 16 Mars 2012, les **requérants** ont demandé au **Conseil d'Etat**:

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

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

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

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

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

1°) SURSEoir A STATUER,

AVANT DIRE DROIT,

2°) POSER à la **Cour de Justice de l'Union européenne la question préjudicielle de la validité de l'article 1er paragraphe 4** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, formulée de la façon suivante:

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

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

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

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

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

3°) POSER à la Cour de Justice de l'Union européenne les questions préjudicielles de l'interprétation de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et du **droit primaire de l'Union européenne**, formulées de la façon suivante:

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

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

.../...

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

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

4°) ANNULER pour excès de pouvoir la décision par laquelle **Monsieur le Premier Ministre a rejeté la demande des requérants** formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 041 827 1877 7 en date du 27 Mai 2011, reçue le 30 Mai 2011 (*pièce n°115*),

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

ayant pour objet le **dépôt d'un projet de loi** tendant à la **transposition** en Droit français de la **Décision-Cadre 2008/913/JAI** arrêtée le 28 Novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, **à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4,**

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

5°) ENJOINDRE à Monsieur le Premier ministre, sous astreinte de 10 000,00 (DIX MILLE EUROS) par jour de retard, de:

5-1°) PRENDRE, dans le délai d'un mois à compter de l'arrêt à intervenir, un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi tendant à la **transposition** en Droit français de la **Décision-Cadre 2008/913/JAI** arrêtée le 28 Novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, **à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4,**

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

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

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

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

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

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

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

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

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

Article 1er

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

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

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

.../...

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

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

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

Article 2

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

*

5-2°) FAIRE APPLICATION de l'article **45** alinéas **2** et **4** de la **Constitution** du **4 Octobre 1958** et, à ce titre, d'**engager la procédure accélérée** et de demander à l'**Assemblée Nationale** de **statuer définitivement**;

5-3°) COMMUNIQUER, conformément à l'article **10, paragraphe 2** de la décision-cadre du **28 Novembre 2008**, au **Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne** et à la **Commission** le texte de la loi transposant en droit français ladite décision-cadre, à l'**exclusion** de son article **1er, paragraphe 4**;

6°) PRONONCER à l'encontre de l'**Etat** une astreinte de **10 000,00 € (DIX MILLE EUROS) par jour de retard** à compter de l'expiration du délai d'**un mois** susvisé et jusqu'à parfaite et complète exécution, s'il ne justifie pas dans ledit délai, avoir exécuté les obligations mises à sa charge par la décision à intervenir;

Vu l'article **L. 761-1** du Code de justice administrative,

7°) CONDAMNER l'**Etat** pris en la personne de Monsieur le Premier Ministre à payer à **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** la somme de **20 000,00 € (VINGT MILLE EUROS)** avec intérêts au taux légal à compter du **27 Mai 2011**, date de la demande adressée à Monsieur le Premier ministre, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;

8°) CONDAMNER l'**Etat** aux entiers dépens de l'instance;

.../...

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

Le Conseil des requérants a été informé le 26 Octobre 2012 de la tenue d'une audience publique le 07 Novembre 2012 à 14h00.

Maître KRIKORIAN a, dès lors, demandé immédiatement la communication du sens des conclusions de Madame le Rapporteur public.

Ce n'est que le 06 Novembre 2012, soit la veille de l'audience, en fin de matinée que Madame le Rapporteur public a fait parvenir un courriel indiquant au Conseil des requérants qu'elle concluait « *au rejet de la requête* », **sans autre précision**. La demande consécutive de communication du moyen fondant de telles conclusions est restée sans réponse, ce dont Maître KRIKORIAN s'est inquiété, au regard de la régularité de la procédure, dans la lettre recommandée qu'il a adressée le même jour à Monsieur le Président de la formation de jugement.

Postérieurement aux conclusions de rejet que Madame le Rapporteur public a développées lors de la **séance publique de jugement** en date du 07 Novembre 2012 à laquelle leur Conseil, Maître Philippe KRIKORIAN, a assisté, les requérants ont, en application de l'article **R. 731-3** du Code de justice administrative (CJA), présenté une **note en délibéré** en date du 09 Novembre 2012, pour répondre aux arguments d'incompétence du Conseil d'Etat, révélés seulement à l'audience du 07 Novembre 2012 et tirés expressément de la **théorie des actes de gouvernement**.

La présente **question prioritaire de constitutionnalité** porte sur l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 Sur l'organisation du Conseil d'Etat (ci-après « *la loi du 24 Mai 1872* »), fondement historique des **déclarations d'incompétence du Conseil d'Etat** lorsqu'il se considère saisi d'un **acte dit de gouvernement**.

II-/ DISCUSSION

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

II-A/ LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT POUR STATUER SANS DELAI SUR LA PRESENTE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE PARFAITEMENT RECEVABLE

II-A-1/ LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT n'est pas sérieusement contestable.

Ainsi, aux termes de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 dans sa rédaction issue de la **loi constitutionnelle** n°2008-724 du 23 Juillet 2008:

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

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

Les conditions de recevabilité de la nouvelle procédure dite « **question prioritaire de constitutionnalité** », de même que les juridictions compétentes pour en connaître sont précisées aux articles **23-1** à **23-5** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel (ci-après « **LOCC** ») dans leur rédaction issue de la **loi organique** n°2009-1523 du 10 Décembre 2009 entrée en vigueur le 1er Mars 2010.

Ainsi, l'article **23-5** de l'ordonnance précitée dispose :

*« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un **mémoire distinct et motivé**. Il ne peut être relevé d'office.*

En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

*Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose d'un délai de **trois mois** à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux **1° et 2° de l'article 23-2** sont remplies et que la **question est nouvelle** ou présente un **caractère sérieux**.*

(...)»,

la compétence du **Conseil d'Etat** étant confirmée par les articles **LO 771-2** et **R. 771-13** du Code de justice administrative (CJA), celui-ci dans sa rédaction issue du **décret n°2010-148** du 16 Février 2010, article **1er**, entré en vigueur le 1er Mars 2010:

Art. **LO 771-2** CJA:

« Le renvoi par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel obéit aux règles définies par les articles 23-4, 23-5 et 23-7 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 précitée. »

Art. **R. 771-13** CJA:

*« Le **mémoire distinct** prévu par l'article 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient portent la mention : « **question prioritaire de constitutionnalité** ».*

II-A-2/ LA RECEVABILITE DE LA QPC ne fait pas davantage difficulté, dès lors qu'elle remplit entièrement les conditions **limitativement énumérées** par les articles **23-1** de la LOCC et **R. 771-13** du CJA - et auxquelles il n'y a pas lieu d'ajouter -, pour avoir été présentée dans un **écrit distinct et motivé**.

De surcroît, il y a lieu de rappeler la jurisprudence pertinente du **Conseil d'Etat** :

« (...) *Considérant que, lorsqu'il est saisi, postérieurement à la clôture de l'instruction et au prononcé des conclusions du rapporteur public, d'une **note en délibéré** émanant d'une des parties à l'instance, il appartient dans tous les cas au juge administratif d'en prendre connaissance avant la séance au cours de laquelle sera rendue la décision; que, en dehors des hypothèses où il est tenu de rouvrir l'instruction à peine d'irrégularité de sa décision, c'est-à-dire de celles où cette note contient l'exposé soit d'une **circonstance de fait** dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une **circonstance de droit nouvelle** ou qu'il devrait relever d'office, le juge a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction et de soumettre au débat contradictoire les éléments contenus dans la note en délibéré;*

*Considérant qu'en l'espèce, le Conseil d'Etat a décidé, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction afin de tenir compte des éléments produits le 6 décembre 2010; que, dès lors, la **question prioritaire de constitutionnalité** soulevée par M. HUCHON, qui a été présentée sous la forme d'un mémoire distinct de la note en délibéré et motivé, est recevable;*

(**CE, Sous-sections 3 et 8 réunies, 28 Janvier 2011, M. HUCHON c/ Ministre de l'Intérieur, outre-mer, collectivités territoriales et immigration, n°338199**).

Or, en l'espèce, il n'est pas sérieusement contestable :

- que par **courriel** en date du 26 Octobre 2012 à 16h47 (*pièce n°145*), soit le jour même de réception de l'avis d'audience, Maître Philippe KRIKORIAN a, au nom et pour le compte des requérants, demandé à Madame le Rapporteur public, sur le fondement de l'article **R. 712-1, alinéa 5** CJA, la **communication du sens de ses conclusions**;

- que ce n'est que le 06 Novembre 2012 à 11h44, soit la veille de la séance publique de jugement, que Maître KRIKORIAN a reçu un **courriel** (*pièce n°146*) par lequel Madame le Rapporteur public lui a indiqué qu'elle conclurait « **au rejet de la requête** », sans autre précision.

- que par **courriel en réponse** du 06 Novembre 2012 à 13h49 (*pièce n°147*), Maître KRIKORIAN a demandé à Madame le Rapporteur public de bien vouloir lui préciser, à tout le moins, le ou les moyens la conduisant « **au rejet de la requête** », rappelant, à ce propos, le commentaire publié dans la **Lettre de la justice administrative** (n°25 – Juillet 2011, page 2/4) tirant de l'article **R. 711-3** du CJA l'**obligation d'informer les parties** « *non seulement du dispositif des conclusions (proposition de rejet ou d'annulation ou de condamnation par exemple) mais également, de façon synthétique, de ses principaux fondements (rejet pour irrecevabilité de la requête, rejet pour incompétence, rejet au fond ou au contraire annulation totale ou partielle et dans ce cas moyens ou causes juridiques retenus...)* »;

.../...

- qu'aux termes de sa **lettre recommandée avec demande d'avis de réception** en date du 06 Novembre 2012 (*pièce n°148*), Maître KRIKORIAN a notifié, sur le fondement de l'article **R. 733-3** CJA, **l'opposition des requérants à la présence de Madame le Rapporteur public au délibéré** et fait état « *pour les raisons développées dans* (son courriel du même jour), *au regard notamment du principe du contradictoire* (...) » de ses « **plus expresses réserves** quant à cette carence procédurale et les conséquences juridiques qui s'y attachent ».

Il ressort clairement de l'exposé qui précède qu'en méconnaissance des dispositions de l'article **R. 711-3** CJA et du **principe du contradictoire** garanti notamment par l'article **L. 5** CJA, les requérants n'ont pas été en mesure de connaître **avant la clôture de l'instruction** le **sens précis** des conclusions de Madame le Rapporteur public.

N'ayant pas, de surcroît, été rendus destinataires du **dernier mémoire en réplique** du Gouvernement, dont Madame le Rapporteur a fait mention lors de la séance publique du 07 Novembre 2012, les requérants ne pouvaient présumer, compte tenu de la récente jurisprudence du Conseil d'Etat (notamment **CE, Ass., 07 Novembre 2008, Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et a.**, n°282920) par laquelle la Haute Assemblée déclare désormais **contrôler le refus du Gouvernement d'appliquer le droit de l'Union européenne**, que Madame le Rapporteur public soutiendrait publiquement une **thèse contraire au principe solennellement et irrévocablement adopté par la Haute Assemblée**, en s'appuyant sur la **théorie des actes de gouvernement** dont les requérants ont pourtant amplement démontré qu'elle ne reposait sur aucun fondement juridique solide et qu'en tout état de cause elle ne devait plus trouver à s'appliquer aux litiges relevant du droit de l'Union européenne, comme en l'espèce.

Il y aura lieu, partant, comme demandé dans la note en délibéré du 09 Novembre 2012 susmentionnée, de **rouvrir l'instruction** afin qu'il soit tenu compte des **moyens et arguments** y développés par les requérants qui n'ont pas pu les faire valoir avant la clôture de l'instruction dès lors qu'ils ont été tenus dans l'ignorance, jusqu'à la séance publique du 07 Novembre 2012, ouverte à 14h00, du **moyen d'incompétence** retenu par Madame le Rapporteur public pour conclure au **rejet** de la requête.

En application des règles adoptées par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence précitée, la présente question prioritaire de constitutionnalité est **parfaitement recevable**.

Il échet d'ajouter que la **QPC** est un **recours objectif**, ouvert à **tous les justiciables**, comme l'est le **recours pour excès de pouvoir** dont connaissent les juridictions administratives, en ce qu'il concerne un texte (contentieux de la légalité - « **le procès fait à un acte** », selon l'expression de Laferrière, Traité, 2 éd., T. 2, p. 561) et non pas la responsabilité de la Puissance publique (plein contentieux). Son intérêt est **social** dès lors que la décision du Conseil constitutionnel, qu'il abroge la disposition législative contestée ou qu'il la déclare constitutionnelle, vaut **erga omnes**, ce qui n'empêche pas la QPC de sortir un « **effet utile** (...) **pour le justiciable qui l'a posée** ». On ne saurait mieux dire que la QPC relève de **l'ordre public de protection individuelle** défini comme « *Celui qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache* (*protection du corps humain, reconnaissance à tout être humain de la personnalité juridique, etc.*) » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige, 8° éd. Avril 2007, v° **Ordre public**, p. 644) et assuré par les Avocats dans l'exercice de leur **mission**

constitutionnelle de défense (v. 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).

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

Il appartiendra, dès lors, au Conseil d'Etat, de **statuer par priorité et dans le délai de trois mois prévu par l'article 23-5, alinéa 3 de la LOCC** sur le renvoi au **Conseil constitutionnel** de la présente **question prioritaire de constitutionnalité** de l'article 26 de la **loi du 24 Mai 1872**, avant de pouvoir se prononcer sur les **moyens d'illégalité** articulés dans le **recours pour excès de pouvoir n°350492** enregistré le 30 Juin 2011.

Le Conseil d'Etat sera, partant, conduit, en application de l'article **23-5, alinéa 4** de la LOCC, à **surseoir à statuer** jusqu'à ce qu'il ait été répondu de façon irrévocable à la **QPC** ci-dessus formulée.

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

II-B/ LE BIEN-FONDE DU RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DE L'ARTICLE 26 DE LA LOI DU 24 MAI 1872 SUR L'ORGANISATION DU CONSEIL D'ETAT

Quant à la procédure à suivre, elle est détaillée notamment par l'article **23-2** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (ci-après « LOCC ») aux **1°** et **2°** duquel renvoie l'article **23-5** du même texte, applicable notamment aux instances portées devant le **Conseil d'Etat** :

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

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

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

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

En l'espèce, les trois conditions légales susmentionnées (la dernière étant, en l'occurrence, que la QPC présente un **caractère sérieux** ou soit **nouvelle**) sont réunies en ce qui concerne l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 qui dispose :

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

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

*

Ainsi, d'une part, les dispositions contestées sont **applicables au litige et à la procédure (II-B-1)** .

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Il n'en demeure pas moins que **cent quarante années de jurisprudence administrative** ont conféré à l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** une portée dont les requérants ont le droit de contester la constitutionnalité, au soutien de leurs recours pour excès de pouvoir et note en délibéré (**CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau**, consid. 4).

La disposition législative attaquée est donc bien **applicable au litige et à la procédure**, au sens de l'article **23-2, 1°** de la LOCC.

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

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

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

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

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

Il s'agit:

- des articles 2, 6, 13, 16 et 17 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (DDH)**;
- de la **liberté en général comme droit naturel de l'homme** (articles 4 et 5 DDH);
- du **droit à la justice** et des **droits de la défense** (article 16 DDH);
- de la **liberté d'expression** (article 11 DDH);
- de l'article 34 de la **Constitution du 04 Octobre 1958** fixant, en partie, le domaine de la loi;
- du **principe d'égalité** (article 6 DDH et article 1er de la **Constitution du 04 Octobre 1958**; cf, spécialement pour la **partie civile CC, décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010, Région Languedoc-Roussillon et autres**).
- du **droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi** (article 6 DDH);
- du **droit de résistance à l'oppression** (art. 2 DDH);
- des articles 88-1 et 88-2 de la **Constitution du 04 Octobre 1958**.

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

Article 4 DDH:

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

Article 5 DDH:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 11 DDH:

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

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

Ce texte dispose:

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

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

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

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

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

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

Il est expressément consacré par l'article 6 DDH :

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le **droit à un recours juridictionnel effectif** est garanti par l'article 16 DDH aux termes duquel « *Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainsi, de deux choses l'une :

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

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

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

Si, à l'inverse, le Conseil d'Etat ne renvoie pas au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité de l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872, tout en faisant application de ce texte – expressément ou implicitement – au présent litige, la preuve sera faite que cette disposition législative aura fait **indûment obstacle à l'exercice du droit constitutionnel de poser une question préjudicielle à la CJUE**, par l'intermédiaire d'une juridiction nationale suprême, comme le Conseil d'Etat.

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

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

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

Il est patent que l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 en ce qu'il conduit à rejeter la compétence du Conseil d'Etat s'estimant saisi d'un acte de gouvernement dont il ne lui appartiendrait pas de connaître, crée un risque de **déni de justice** – que condamne à l'avance l'article **16 DDH**, sauf application de l'article **34** du **décret** du 26 Octobre 1849 Régulant les formes de procéder du Tribunal des conflits, spécialement lorsque les juridictions judiciaires ne sont pas davantage compétentes -, circonstance qui se réalise en présence d'une demande tendant à l'annulation du rejet du Premier ministre de transposer une décision-cadre ou une directive de l'Union européenne, comme en l'espèce.

Précisément, en incitant le Conseil d'Etat à se déclarer incompétent pour connaître de la légalité d'un tel refus de transposition – qui est pourtant une **double obligation** imposée par la Constitution et le droit de l'Union européenne – l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 conduit à priver les requérants de la **légitime protection juridictionnelle** qu'ils réclament contre le négationnisme.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il est acquis, au vu de ce qui précède, que l'article **26** de la loi du 24 Mai 1872 fonde, implicitement ou explicitement, les **décisions d'incompétence du juge administratif**, notamment du **Conseil d'Etat**, décisions qui vont priver les requérants de toute **protection juridictionnelle** spécialement s'il est jugé que les conditions du **renvoi au Tribunal des conflits** ne sont pas réunies (article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** Régulant les formes de procéder 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*).

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

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

Or, la **marge d'appréciation** qui doit être laissée à la juridiction dans la détermination de sa propre compétence, en application des critères légaux, ne doit pas conduire à un **déni de justice** que prohibe l'article 16 DDH qui commande, à l'inverse qu'un ordre de juridiction, à tout le moins, soit compétent pour connaître d'un litige mettant en cause des **droits fondamentaux**.

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

Il n'appartient pas, dans ces conditions, au Conseil d'Etat de se déclarer lui-même incompétent dès lors qu'à l'évidence la juridiction judiciaire n'est pas compétente pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un refus d'édition de décret de présentation au Parlement d'un projet de loi, cette situation créant un **conflit négatif d'attribution** pouvant dégénérer en **déni de justice** – banni de notre ordonnancement juridique par l'article 16 DDH - s'il n'y est pas apporté de remède efficace.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

*

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

.../...

*

Les **dispositions législatives présentement contestées** devront, en conséquence, être **déclarées inconstitutionnelles** par le **Conseil constitutionnel et abrogées** à compter de la publication de sa décision, Haut Conseil auquel il convient qu'en application de l'article **23-5** LOCC, le **Conseil d'Etat** renvoie la présente **question prioritaire de constitutionnalité** et prononce le **sursis à statuer** sur le **recours pour excès de pouvoir n°350492** dirigé contre le refus du Premier ministre de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

*

PAR CES MOTIFS

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

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

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

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

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

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

2°) DIRE ET JUGER que ladite QPC présente un caractère sérieux;

SUBSIDIAIREMENT,

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

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

en ce qu'il:

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

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

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

5°) **SURSEOIR A STATUER sur le recours pour excès de pouvoir n°350492 dirigé contre le refus du Premier ministre de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008, jusqu'à réception de la décision du Conseil constitutionnel;**

6°) **RESERVER les dépens;**

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Marseille, le **10 Novembre 2012**

Pour les requérants,

Monsieur Grégoire KRIKORIAN

Maître Philippe KRIKORIAN

Madame Suzanne TATOYAN
épouse KRIKORIAN

PRODUCTIONS (pour mémoire)

1. **Mémoire en réplique n°2** de Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et des vingt-quatre autres requérants en date du 16 Mars 2012 (*pièce n°144*)
2. **Courriel** en date du 26 Octobre 2012 de Maître Philippe KRIKORIAN au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat (demande de communication du sens des conclusions de Madame le Rapporteur public) (*pièce n°145*)
3. **Courriel** en date du 06 Novembre 2012 de Madame le Rapporteur public (qui conclut « *au rejet de la requête* ») à Maître Philippe KRIKORIAN (*pièce n°146*)
4. **Courriel en réponse** de Maître Philippe KRIKORIAN en date du 06 Novembre 2012 (*pièce n°147*)
5. **Lettre recommandée avec demande d'avis de réception** en date du 06 Novembre 2012 de Maître Philippe KRIKORIAN à Monsieur le Président de la formation de jugement (*pièce n°148*)
6. **Note en délibéré** en date du 10 Novembre 2012 (cinquante-sept pages- *pièce n°149*)
7. **Mémoire portant question prioritaire de constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872** (quarante-neuf pages – **présent acte**)

*
