

Décision attaquée : 30/01/2014 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

M. Grégoire Krikorian
C/
M. le Premier ministre

Rapporteur : Sophie Canas

RAPPORT

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le Conseil de l'Union européenne a adopté le 28 novembre 2008 la décision-cadre¹ 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et xénophobie au moyen du droit pénal, qui prévoit, en son article 1^{er}, que chaque Etat membre doit, au plus tard le 28 novembre 2010, prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que soient punissables *“l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre”*.

Le 30 juin 2011, M. Krikorian et vingt-cinq autres requérants ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur leur demande tendant au dépôt d'un projet de loi aux fins de transposition de cette décision-cadre, à l'exclusion du paragraphe 4 de son article 1^{er} aux termes duquel : *“Tout État 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 État membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement”*.

¹ La décision-cadre est un instrument institué dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne et qui permet au Conseil, statuant à l'unanimité, d'agir, selon les termes de l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, “aux fins de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres”. Elle lie les Etats quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, sans pouvoir entraîner aucun effet direct.

Par **arrêt du 26 novembre 2012** (n° 350492), le Conseil d'Etat a rejeté leur requête au motif que *“le fait, pour le Premier ministre, de s’abstenir de soumettre un projet de loi au Parlement, en application des dispositions de l’article 39 de la Constitution, touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe, par là-même et sans que les engagements internationaux de la France puissent être utilement invoqués, à la compétence de la juridiction administrative”*.

C'est dans ce contexte que, selon acte du 19 février 2013, M. Krikorian et quatorze autres requérants ont, sur le fondement de la voie de fait, saisi le juge judiciaire des référés, d'une part, afin que soient renvoyées à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles portant sur la validité de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la décision-cadre 2008/913/JAI, ainsi que sur l'interprétation de cette décision-cadre et du droit primaire de l'Union, et, d'autre part, pour voir enjoindre au Premier ministre, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, de retirer la déclaration des autorités françaises au titre de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la décision-cadre précitée et de prendre un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi tendant à la transposition de la décision-cadre, à l'exclusion de son article 1^{er}, paragraphe 4.

Ils ont par ailleurs, par mémoire distinct et motivé, soulevé le moyen tiré de ce que l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Par **ordonnance du 3 juin 2013**, le juge des référés du tribunal de grande instance de Marseille a dit n'y avoir lieu à transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité posée et déclaré les demandes formées par M. Krikorian et autres irrecevables, en tant que dirigées contre le Premier ministre, et mal fondées, en tant que dirigées contre le Préfet des Bouches-du-Rhône.

M. Krikorian et autres ont interjeté appel de cette décision.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, par **arrêt du 10 octobre 2013**, a confirmé l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité posée, puis, par **arrêt du 30 janvier 2014**, a infirmé pour le surplus cette ordonnance et, statuant à nouveau, dit que la juridiction des référés de l'ordre judiciaire est incompétente pour se prononcer sur les demandes de M. Krikorian et autres et dit n'y avoir lieu à renvoi de la question de compétence au Tribunal des conflits.

Cet arrêt a été signifié à partie le 22 mai 2014.

M. Grégoire Krikorian, Mme Suzanne Krikorian, M. Jean Agopian, Mme Marie Agopian, M. Jean-Marie Agopian, M. Gilbert Beguian, Mme Dzovinar Melkonian, M. Jean

Juramy et M. Jacques Kurkdjian (les consorts Krikorian) ont formé le 21 juillet 2014 un pourvoi en cassation.

Ils ont déposé, le 18 novembre 2014, un mémoire distinct aux termes duquel, d'une part, ils contestent le refus de transmission à la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, d'autre part, ils présentent, pour la première fois, le moyen tiré de ce que l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et l'article 5 du code civil porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Ce mémoire a été signifié le 28 novembre 2014 au Premier ministre et le 3 décembre 2014 au Préfet des Bouches-du-Rhône.

Le Premier ministre a déposé des observations en défense le 29 décembre 2014.

2 - Énoncé des questions prioritaires de constitutionnalité

Les questions sont posées dans les termes qui suivent :

I.- 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 4 octobre 1958*
- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 DDH*
- à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi ;*
- au principe d'égalité garanti par l'article 6 DDH et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 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 4 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 ?

II.- La loi des 16-24 août 1790 (article 13) et l'article 5 du code civil, eu égard à la portée effective que leur confère l'interprétation constante qu'en donnent la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et notamment:

- au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme, à la liberté contractuelle et au droit à la liberté d'entreprendre consacrés 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 à la liberté d'expression garanti par l'article 11 DDH ;
- à l'article 34 de la Constitution du 4 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 4 octobre 1958;

- au droit de propriété garanti par l'article 17 DDH ;

en ce qu'ils :

1°) ne font pas obstacle – faute de sanction adéquate - à ce que le juge judiciaire prononce par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises, en se référant expressément à la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle du Tribunal des conflits, au même titre que la loi (incompétence négative);

2°) conduisent à une situation génératrice de déni de justice en abolissant tout contrôle juridictionnel des actes du pouvoir exécutif, à l'entière discrétion de celui-ci ?

III.- Subsidiairement, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 et l'article 5 du code civil sont-ils susceptibles d'une réserve d'interprétation en ce sens, qu'aux fins d'assurer en tout temps et tout lieu la garantie des droits consacrée par l'article 16 DDH, ils commandent au juge – judiciaire, comme administratif – y compris le juge de cassation - de statuer sur tous les moyens présentés par les parties, sauf à renvoyer au Tribunal des conflits la question de compétence qu'il n'estimerait ressortir à aucun ordre de juridiction français?

3 - Examen du moyen tiré de ce que l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution

Il résulte de l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qu'il est procédé au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité lorsque trois conditions sont réunies :

- 1 - la disposition législative contestée est applicable au litige ou à la procédure ;
- 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 de circonstances ;
- 3 - la question posée est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Il convient d'examiner chacune d'entre elles.

3-1- La nature législative et l'applicabilité au litige de la disposition contestée

L'article 26 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat dispose que :

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.

Il ne fait pas de doute que ce texte, voté par le pouvoir législatif sous la Troisième République, est de nature législative.

La question de son applicabilité au litige est en revanche plus délicate.

On rappellera, d'abord, que le critère de l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée est laissé à la seule appréciation des cours suprêmes de renvoi, le Conseil constitutionnel ayant jugé *"qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23- 5 de l'ordonnance du 07 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des*

poursuites” (CC, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L. (cristallisation des pensions)*). La Cour de cassation s’attache, dès lors, à vérifier l’existence d’un lien réel entre la disposition critiquée et l’objet de la demande du justiciable.

En l’espèce, la demande des consorts Krikorian a principalement pour objet qu’il soit fait injonction au Premier ministre de retirer la déclaration des autorités françaises au titre de l’article 1^{er}, paragraphe 4, de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 et de prendre un décret de présentation au Parlement d’un projet de loi tendant à la transposition de ladite décision-cadre, à l’exclusion de l’article 1^{er}, paragraphe 4.

Il faut préciser le contexte d’une telle demande, pour mieux en cerner la portée.

Afin d’assurer le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres concernant les infractions racistes et xénophobes, le Conseil de l’Union européenne a adopté, le 28 novembre 2008, la décision-cadre 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

Son article 1^{er} prévoit que :

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les actes intentionnels ci-après soient punissables :

[...]

c) l’apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale, visant un groupe de personnes ou un membre d’un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l’ascendance ou l’origine nationale ou ethnique lorsque le comportement est exercé d’une manière qui risque d’inciter à la violence ou à la haine à l’égard d’un groupe de personnes ou d’un membre d’un tel groupe ;

[...]

4. Tout État 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 État membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement.

Conformément à la faculté ouverte au paragraphe 4 précité, la France a, lors de son adoption, déclaré qu’elle restreindrait le champ de cette incrimination aux seuls crimes établis par une décision définitive rendue par une juridiction internationale.

Déplorant l'insuffisance de la protection juridique contre la contestation du génocide arménien de 1915², pourtant reconnu publiquement par la France avec la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001, une proposition de loi, transposant partiellement la décision-cadre 2008/913/JAI, a été présentée afin que soient sanctionnées pénalement les personnes qui, publiquement, contestent ou minimisent de façon outrancière un ou des crimes de génocide *"reconnus comme tels par la loi française"*.

Elle a été adoptée par le Parlement le 23 janvier 2012.

Par décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi, qui modifiait la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, contraire à la Constitution, au motif qu'en réprimant *"la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression et de communication"* (cons. 6)³.

C'est dans ce contexte que les consorts Krikorian reprochent au Premier ministre, *"pris en sa qualité d'autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République"*, de ne pas avoir transposé la décision-cadre 2008/913/JAI, à l'exclusion du paragraphe 4 de son article 1^{er} qu'ils estiment contraire aux engagements internationaux de la France.

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, ils ont d'abord saisi le Conseil d'Etat d'un recours en excès de pouvoir contre le refus implicite du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi transposant cette décision-cadre. Le Conseil d'Etat a rejeté leur requête en retenant que *"le fait, pour le Premier ministre, de s'abstenir de soumettre un projet de loi au Parlement, en application des dispositions de l'article 39 de la Constitution, touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe [...] à la compétence de la juridiction administrative"*. Autrement dit, la haute juridiction administrative, pour écarter sa compétence, a fait application de la théorie des actes de gouvernement⁴, selon laquelle les actes pris par le gouvernement dans ses rapports avec le Parlement - et, plus particulièrement, les mesures prises dans

² La contestation des crimes nazis est réprimée pénalement depuis l'adoption de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, dite "loi Gayssot" (art. 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse).

³ Une nouvelle proposition de loi "tendant à la transposition en droit interne de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal" a depuis été déposée (proposition n° 690 enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 février 2013).

⁴ Cette théorie a également été à plusieurs reprises mise en oeuvre par le Tribunal des conflits (TC, 2 février 1950, n° 01243, *Radiodiffusion française* ; TC, 24 juin 1954, *Sieur Barbaran*, Rec. p. 712 ; TC, 2 décembre 1991, n° 2678, *Préfet de Paris c/ Cie financière CIC*).

l'exercice de son droit d'initiative des lois (CE, sect., 18 juillet 1930, *Rouché*, Rec. p. 771 ; CE, sect., 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, n° 68938, Rec. p.607 ; CE, 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécommunications*, n° 57518) - bénéficient d'une immunité juridictionnelle et ne sont, dès lors, susceptibles d'aucun recours.

Les consorts Krikorian ont alors saisi le juge judiciaire des référés sur le fondement de la voie de fait, laquelle exclut, selon eux, la qualification d'acte de gouvernement (mémoire QPC, p.52 à 56). Il est au contraire soutenu, en défense, que l'abstention ou le refus de déposer un projet de loi constitue un acte de gouvernement qui ne ressortit ni aux juridictions administratives ni aux juridictions judiciaires, dès lors qu'il relève de la participation directe du pouvoir exécutif à la mission législative (observations sur QPC, p.4, §4 et 5).

Il résulte de ce qui précède que la théorie des actes de gouvernement a un lien avec l'objet de la demande, en tant qu'elle est susceptible d'avoir une influence sur la compétence de la juridiction saisie pour en connaître, et peut, par suite, être considérée comme applicable au litige au sens des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958.

Or, selon les consorts Krikorian, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 constitue le fondement textuel de la théorie des actes de gouvernement (mémoire QPC, p.78 à 82), de sorte que son applicabilité au litige ne fait pas de doute.

Il est vrai que l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 a été mentionné, par la doctrine, comme susceptible de fonder cette théorie (voir, en ce sens, cités dans le mémoire QPC : M. Hauriou, note sous CE, 18 décembre 1891, *Vandelet et Faraut*, S. 1893.3.129 ; P. Duez, *Les actes de gouvernement*, 1935, Dalloz 2006, p.36 et 37).

La référence à ce texte s'explique principalement par des considérations d'ordre historique. L'apparition de la théorie des actes de gouvernement coïncide en effet avec l'évolution du Conseil d'Etat qui, d'abord subordonné au gouvernement, est peu à peu devenu une juridiction administrative dotée des mêmes garanties que les juridictions judiciaires. C'est la loi 24 mai 1872 qui, dans le prolongement de la loi du 3 mars 1849, a marqué le passage d'une justice administrative retenue à une justice déléguée, en disposant que "*le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives*" (article 9). Son article 26, précité, comporte cependant une réserve, puisqu'il instaure au profit des ministres un droit d'évocation, devant le Tribunal des conflits, des affaires "*qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif*". Ainsi que l'a relevé Maurice Hauriou (op. cit.), de telles dispositions, "*destiné[s] 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".

Plusieurs éléments viennent néanmoins fragiliser cette justification historique :

- D'abord, la théorie des actes de gouvernement est apparue avant la loi du 24 mai 1872 et avant même la loi du 3 mars 1849, dont l'article 47 était rédigé en des termes presque similaires à l'article 26. Elle a en effet été consacrée en 1822 par le Conseil d'Etat, qui avait alors rejeté le recours du banquier Laffitte qui demandait le paiement d'arrérages d'une rente que lui avait cédée la princesse Borghèse, membre de la famille Bonaparte, au motif que *"la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement"* (CE, 1^{er} mai 1822, *Laffitte*, Rec. 1821-1825, p.202, GAJA n°3, Dalloz, 19^{ème} édition). Le Conseil d'Etat avait plus particulièrement jugé, dès 1853, que *"les questions relatives à la présentation des projets de loi au Corps législatif ne peuvent nous être soumises par la voie contentieuse"* (CE, 12 mars 1853, *Le prince de Wagram c/ L'Etat*, Rec. p.329).

- Les décisions les plus récentes faisant application de cette théorie ne sont nullement rendues au visa de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, mais, comme l'arrêt rendu le 26 novembre 2012 dans la présente affaire, au visa de la Constitution (CE, 20 février 1989, n° 98538, *Allain* ; CE, Ass., 9 avril 1999, n° 195616, *Mme Ba* ; CE, 4 décembre 2003, n° 262009, *M. Feler* ; CE, ord., 22 février 2005, n° 277842, *M. Hoffer*).

- La doctrine contemporaine considère assez largement que la théorie des actes de gouvernement est une création prétorienne. Ainsi, le professeur R. Chapus, dans son ouvrage (*Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, n° 1152 et s.), détaille *"l'état du droit jurisprudentiel"* sans faire mention de la loi du 24 mai 1872. Le professeur J. Waline indique, quant à lui, qu' *"on fonde parfois l'immunité juridictionnelle de l'acte de gouvernement sur l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 [...]. En réalité, la portée de ce texte, qui ne s'est jamais appliqué, reste incertaine, et il n'est pas sûr que les "affaires n'appartenant pas au contentieux administratif" qu'il vise désignent les actes de gouvernement"* (*Droit administratif*, Dalloz, 25^{ème} édition, n° 335). Enfin, le professeur Y. Gaudemet, dans son traité (*Traité de droit administratif*, tome 1, 16^{ème} édition, LGDJ, n° 1257), affirme que *"la théorie des actes de gouvernement est d'origine jurisprudentielle. C'est la jurisprudence administrative qui l'a consacrée et qui détermine également à chaque époque quels actes constituent des actes de gouvernement. [...] Un seul texte pourrait être considéré, sinon comme la source, du moins comme la confirmation de l'acte de gouvernement, il s'agit de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872."*

C'est au vu de ces éléments qu'il nous faudra nous prononcer sur l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée, étant rappelé qu'une règle purement

prétorienne élaborée sans l'appui d'une disposition législative ne peut, en tant que telle, être soumise au contrôle de constitutionnalité (Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-13.488 ; Civ. 1^{ère}, 8 décembre 2011, pourvoi n° 11-40.070 ; Civ. 1^{ère}, 27 février 2013, pourvoi n° 12-40.100 ; Civ. 1^{ère}, 23 octobre 2013, pourvoi n° 13-15.578).

3-2 - L'absence de déclaration de conformité à la Constitution

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas, à ce jour, déjà prononcé sur la conformité à la Constitution de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat.

3-3- La nouveauté ou le caractère sérieux de la question

3-3-1- Remarques liminaires

Aux termes de la question prioritaire de constitutionnalité, telle que formulée par les requérants, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 porterait atteinte :

- 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 de 1789 (DDHC),
- au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 de la DDHC,
- au droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité garanti par l'article 16 de la DDHC et l'article 61-1 de la Constitution,
- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 de la DDHC,
- à l'article 34 de la Constitution,
- au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la DDHC et l'article 1^{er} de la Constitution,
- au droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi consacré par l'article 6 de la DDHC,
- au droit de résistance à l'oppression garanti par l'article 2 de la DDHC,
- au droit de propriété dont la protection est assurée par l'article 17 de la DDHC,
- aux articles 88-1 et 88-2 de la Constitution.

Cependant, ni la question ni le mémoire qui la soutient n'explicitent en quoi la disposition contestée porterait atteinte au droit à la liberté garanti par les articles 4 et 5 de la DDHC, au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 de la DDHC, au droit de résistance à l'oppression garanti par l'article 2 de la DDHC et au droit de propriété garanti par l'article 17 de la DDHC, la violation de ces dispositions constitutionnelles n'étant au demeurant nullement alléguée dans le corps du mémoire

(cf, spéc., p.99). Ce défaut de motivation⁵ pourrait conduire à considérer que la question est dépourvue de caractère sérieux, en tant qu'elle allègue la violation de ces droits et libertés (voir, en ce sens : Crim., 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-82.861, Bull. n° 157 ; Crim., 21 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.559, Bull. n° 184).

À l'inverse, les consorts Krikorian, dans leur mémoire spécial (pp. 99 et 105), soutiennent que l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 porterait atteinte au droit respect de la dignité humaine garanti par l'alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, sans que la question posée fasse elle-même mention d'une telle atteinte. Or il a été jugé *"qu'il n'appartient pas au juge de modifier la teneur de la question prioritaire de constitutionnalité que pose une partie de sorte que c'est au regard de la formulation arrêtée par celle-ci qu'il convient de se prononcer"* (Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-40.044).

3-3-2- La nouveauté de la question

Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a donné de la condition de nouveauté l'interprétation suivante : *" [...] 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'État 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"* (cons. 21). Le commentaire de cette décision publié par le Conseil précise encore que le critère de la nouveauté *" ne s'apprécie pas au regard de la disposition législative contestée, mais de la disposition constitutionnelle à laquelle elle est confrontée."*

Il est en l'espèce soutenu que cette condition, ainsi entendue, serait remplie s'agissant du droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi, consacré par l'article 6 de la DDHC (*"La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents."*). Selon le mémoire spécial (p.114), le Conseil constitutionnel ne se serait en effet jamais prononcé ni sur l'interprétation ni sur l'étendue de ce droit, qui implique qu'en cas de carence du gouvernement ou des parlementaires, *"les citoyens y suppléent en s'adressant au juge compétent afin*

⁵ Rappelons que les articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 exigent la remise d'un écrit **"distinct et motivé"**.

d'amorcer le processus législatif par l'inscription à l'ordre du jour du Parlement du texte propre à assurer la protection juridictionnelle effective de leurs intérêts légitimes.

Deux objections doivent cependant être formulées :

- D'une part, le critère de nouveauté doit, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'apprécier au regard de la disposition constitutionnelle invoquée. Or l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui consacre également le principe d'égalité des citoyens devant la loi, est l'une des dispositions les plus souvent invoquées devant le Conseil constitutionnel, tant dans le cadre de son contrôle *a priori* qu'à l'occasion de l'examen de questions prioritaires de constitutionnalité.

- D'autre part, ainsi que le suggère le mémoire en défense, un parallèle peut être effectué avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'article 14 de la DDHC, aux termes duquel *"Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée"*. Or il a été jugé que ces dispositions *"sont mises en oeuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution"* (CC, 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, *SNC Kimberly Clark*, cons. 4 ; CC, 30 juillet 2010, n° 2010-19/27, *Époux P. et autres*, cons. 16).

3-3-3- Le caractère sérieux de la question

Le caractère sérieux de la question doit être examiné au regard de chacun des droits et libertés dont l'atteinte est alléguée, sous les réserves mentionnées au point 3.3.1.

✓ Au regard du droit à un recours juridictionnel effectif (article 16 de la DDHC et articles 61-1 et 88-1 de la Constitution) :

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit à un recours juridictionnel effectif est formulée dans un considérant de principe, qui rattache ce droit à l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789 : *"Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution " ; qu'il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction"* (CC, 23 novembre 2012, n° 2012-283 QPC, *M. Antoine de M.*, cons. 11).

Selon les consorts Krikorian, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 porterait d'abord atteinte au droit de tout justiciable de poser une question prioritaire de constitutionnalité, garanti par les articles 16 de la DDHC et 61-1 de la Constitution et consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, dès lors 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"* (mémoire QPC, p.101).

Il est ensuite soutenu que ce texte ferait obstacle à *"l'exercice du droit constitutionnel de poser une question préjudicielle à la CJUE"* que garantiraient les articles 88-1 de la Constitution et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (mémoire QPC, p.104) .

✓ Au regard du principe d'égalité (articles 6 de la DDHC et 1^{er} de la Constitution) :

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi *"doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse"*, tandis que l'article 1^{er} de la Constitution énonce que la France *"assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion"*.

Selon une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel décide *"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"* (voir, par exemple : CC, 14 août 2003, n° 2003-483 DC, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 23 ; CC, 9 juillet 2010, n° 2010-11 QPC, *Mme Virginie M.*, cons. 3 ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-46 QPC, *Société Schuepbach Energy LLC*, cons. 7).

Selon les consorts Krikorian, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 *"consomme une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques"* (mémoire QPC, p.107). Il est plus précisément soutenu que ce texte *"crée les conditions d'une discrimination dans la protection juridictionnelle que la décision-cadre du 28 novembre 2008 a pour objet de procurer aux victimes de négationnisme [...] 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"*. Il est ajouté que *"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".

✓ Au regard de l'article 34 de la Constitution (incompétence négative) :

Aux termes de l'article 34 de la Constitution :

La loi fixe les règles concernant :

-les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

[...]

-la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

Le Conseil constitutionnel a posé comme principe que *"la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit"* (CC, 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, SNC Kimberly Clark, cons. 3 ; CC, 18 juin 2012, n° 2012-254 QPC, Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO, cons. 3) et à la condition que la disposition législative contestée soit postérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 (CC, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC, Association Sportive Football Club de Metz ; CC, 3 décembre 2010, n° 2010-73 QPC, Société ZEturf Limited).

Selon les consorts Krikorian, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 est entaché d'incompétence négative *"dès lors qu'il appartenait au législateur [...] 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"* et qu' *"en s'abstenant de légiférer en ce sens, le législateur a reporté sur les autorités juridictionnelles précitées [...] le soin de fixer les règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi"* (mémoire QPC, p. 109). Ils estiment en conséquence 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 de la DDHC"* (ibid., p.110).

4- Examen du moyen tiré de ce que les articles 5 du code civil et 13 de la loi des 16-24 août 1790 porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution

Il convient de vérifier si les conditions posées par l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, précédemment exposées, sont réunies.

4-1- La nature législative et l'applicabilité au litige des dispositions contestées

L'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire dispose que :

Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

L'article 5 du code civil énonce que :

Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

La nature législative de ces dispositions ne fait pas de doute.

Leur applicabilité au litige paraît également acquise.

En effet, si une disposition qui n'a été ni appliquée par la juridiction compétente ni invoquée par l'une des parties devant les juges du fond n'est pas applicable au litige au sens des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (Crim., 12 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.601 ; Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-28.375), il en va autrement lorsque la disposition contestée est invoquée, à l'occasion du pourvoi, à l'appui d'un moyen de cassation, ainsi que l'ont déjà admis tant la Cour de cassation (Civ. 2^{ème}, 27 février 2014, pourvoi n° 13-23.107) que le Conseil d'Etat (CE, 15 juillet 2010, n° 327512, *M. Blain*).

Or, en l'espèce, l'article 5 du code civil, combiné à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, est invoqué au soutien du pourvoi en cassation formé par les consorts Krikorian et, plus précisément, par la troisième branche du troisième moyen, laquelle fait grief à l'arrêt attaqué de dire n'y avoir à renvoi de la question de compétence au Tribunal des conflits :

ALORS QU'aux termes de l'article 34 du décret du 26 Octobre 1849 réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits, dans sa rédaction issue du décret n°60-728 du 25 Juillet 1960 : « Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de

recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal. » ; que l'article 4 du Code civil dispose que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » ; que de plus, selon l'article 5 du Code civil « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. » ; que ce texte législatif, fait défense aux juges de donner « à un arrêt de la Cour de cassation une portée générale et réglementaire (...) sans que soient réunies les conditions de l'autorité de la chose jugée » (Cass. 2^o Civ., 04 Février 2010, n^o09-10.745 et 09-10.904); que la jurisprudence du Conseil d'Etat – fût-elle « non contraire à celle du Tribunal des conflits », - ne saurait, pas plus que celle de la Cour de cassation, être revêtue d'une portée générale et réglementaire et être invoquée par le juge judiciaire au même titre que la loi; que pour estimer que le Conseil d'Etat n'était pas compétent pour connaître du litige et refuser de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, alors qu'elle constatait que les conditions de ce renvoi, telles que prévues par l'article 34 du décret du 26 Octobre 1849 (identité du litige et double déclaration d'incompétence conduisant à un déni de justice) étaient toutes réunies, la Cour d'Appel s'est référée à « la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, non contraire à celle du Tribunal des conflits » ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'Appel qui a fait application aux faits de l'espèce d'une théorie jurisprudentielle empruntée au Conseil d'Etat (acte de gouvernement) aux lieu et place de la loi, s'est prononcée par voie de disposition générale et réglementaire la conduisant à un déni de justice et violé les textes susvisés;

4-2 - L'absence de déclaration de conformité à la Constitution

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas, à ce jour, déjà prononcé sur la conformité à la Constitution des articles 5 du code civil et 13 de la loi des 16-24 août 1790.

4-3- La nouveauté ou le caractère sérieux de la question

4-3-1- Remarques liminaires

Aux termes de la question prioritaire de constitutionnalité, telle que formulée par les requérants, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et l'article 5 du code civil porteraient atteinte :

- au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme, à la liberté contractuelle et au droit à la liberté d'entreprendre, consacré par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 de la DDHC,
- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 de la DDHC,
- à l'article 34 de la Constitution,
- au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la DDHC et l'article 1^{er} de la Constitution,
- au droit de propriété garanti par l'article 17 de la DDHC,

Cependant, ni la question ni le mémoire qui la soutient n'explicitent en quoi les dispositions contestées porteraient atteinte au droit à la liberté garanti par les articles 4 et 5 de la DDHC, au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 de la DDHC, au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la DDHC et l'article 1^{er} de la Constitution et au droit de propriété garanti par l'article 17 de la DDHC. Ainsi qu'il a été dit plus haut, ce défaut de motivation pourrait conduire à considérer que la question est dépourvue de caractère sérieux en tant qu'elle allègue la violation de ces droits et libertés (voir, en ce sens : Crim., 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-82.861, Bull. n° 157 ; Crim., 21 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.559, Bull. n° 184).

4-3-2- La nouveauté de la question

Il est soutenu que la question est nouvelle, au sens où l'entend le Conseil constitutionnel, celui-ci ne s'étant jamais prononcé ni sur l'étendue ni sur l'interprétation du droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi, consacré par l'article 6 de la DDHC.

On observera cependant que la question, telle que formulée, n'allègue nullement que les articles 5 du code civil et 13 de la loi des 16-24 août 1790 porteraient atteinte à un tel droit, de sorte que l'appréciation de sa nouveauté ne saurait en dépendre.

Les autres dispositions constitutionnelles invoquées sont de celles dont le Conseil constitutionnel fait une application courante.

4-3-3- Le caractère sérieux de la question

Le caractère sérieux de la question doit être examiné au regard de chacun des droits et libertés dont l'atteinte est alléguée et explicitée (cf point 4-3-1).

✓ Au regard du droit à un recours juridictionnel effectif (article 16 de la DDHC) :

Selon les consorts Krikorian, *"l'atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif est aggravée par la règle de séparation des deux ordres de juridiction posée par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 (que l'article 16 DDH prévoyant la séparation des pouvoirs n'implique nullement) telle qu'interprétée depuis la création du Conseil d'Etat en l'an VIII et appliquée par le Tribunal des conflits"* (mémoire QPC, p.101, §5), dès lors que *"l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, combiné avec l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, tel qu'il est interprété dans la jurisprudence, consomme une violation de l'article 16 DDH en ce que tout contrôle juridictionnel de certains actes dits politiques du gouvernement est aboli, sans raison valable"* (ibid., p.102, in fine).

On rappellera, à cet égard, que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, jugé que :

15. Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

Il a récemment réaffirmé ce principe, dans sa décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 (Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité) :

65. Considérant que, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

Il y a lieu par ailleurs de constater que, s'agissant de ce grief, le mémoire spécial se réfère exclusivement à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, sans faire mention de l'article 5 du code civil.

✓ Au regard de l'article 34 de la Constitution (incompétence négative) :

Il est en l'espèce soutenu que l'article 5 du code civil, combiné avec l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, "est entaché d'incompétence négative en ce qu'il n'empêche pas le juge [...] d'appliquer une règle prétorienne (celle dégagée par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits en ce qui concerne les actes de gouvernement excluant tout contrôle juridictionnel), malgré la prohibition des arrêts de règlement qu'il formule expressément", cependant que "seule la loi peut limiter le nombre, l'exercice ou la portée des moyens que les parties sont susceptibles de présenter au juge" (mémoire QPC, p.111).

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, le Conseil constitutionnel admet que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence puisse être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, dès lors que cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

Il a cependant été jugé que le grief d'incompétence négative ne pouvait être invoqué à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 :

- CC, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC, Association Sportive Football Club de Metz [Taxe sur les salaires] :

9. Considérant, en outre, que, si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 ; que, dès lors, le grief tiré de ce que le législateur, en adoptant les dispositions du premier alinéa du a du 3 de l'article 231 du code général des impôts, aurait méconnu sa propre compétence doit être écarté ;

- CC, 3 décembre 2010, n° 2010-73 QPC, Société ZEturf Limited [Paris sur les courses hippiques] :

Sur le grief d'incompétence négative :

8. Considérant que la rédaction de l'article 5 de la loi du 2 juin 1891, contre laquelle est dirigé le grief tiré de l'incompétence négative, est antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

9. Considérant que, si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 ; que, dès lors, le grief tiré de ce que le législateur, en adoptant les dispositions de la loi du 2 juin 1891, dans leur rédaction antérieure au 13 mai 2010, aurait méconnu sa propre compétence doit, en tout état de cause, être écarté ;

Jusqu'à cette date, en effet, le législateur était libre de sa propre compétence (voir, sur ce point, G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, p. 78 et s.).

Il n'en va autrement que lorsque les dispositions critiquées ont été modifiées postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution (CC, 6 avril 2012, n° 2012-230 QPC).

Or ni l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 ni l'article 5 du code civil, qui date de 1804, n'ont été modifiés depuis leur promulgation.

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments qu'il y aura lieu de décider si les questions prioritaires de constitutionnalité posées doivent ou non être renvoyées au Conseil constitutionnel.

5 - Orientation proposée : Formation de section (audience du 3 février 2015)

Nombre de projet(s) préparé(s) : 1