

# Gazette du Palais

EN LIGNE SUR  
**lextenso.fr**

TRI-HEBDOMADAIRE  
MERCREDI 19, JEUDI 20 NOVEMBRE 2008 128<sup>e</sup> année N<sup>os</sup> 324 à 325

S  
O  
M  
M  
A  
I  
R  
E

## Libres propos

- ESQUISSE D'UN CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET D'UN CODE DE PROCÉDURE CIVILE** 2  
par Dominique Fleuriot, Henri Béraud et Denis Talon
- LE LOBBYING ET L'AVOCAT** 8  
par Dominique Heintz
- L'AVOCAT ET LE JUGE FACE AU BESOIN NORMATIF : ESQUISSE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE L'AGIR JURIDICTIONNELLE** 10  
par Philippe Krikorian

## Jurisprudence

- **CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT** 19  
par Mattias Guyomar
- **Responsabilité de la puissance publique**  
Cons. d'État, 26 juillet 2007, conclusions Mattias Guyomar
  - **Notaires**  
Cons. d'État, 7 août 2008
  - **Sommaires de jurisprudence**  
Cons. d'État, 31 mars 2008 (2 arrêts) ; Cons. d'État, 7 août 2008 (2 arrêts)
- **SERVICE PUBLIC** 27  
**Détenus – Fouilles corporelles intégrales – Régime – Exécution du service public administratif pénitentiaire – Compétence administrative**  
Cons. d'État, 14 novembre 2008

## Distinction

- **ORDRE NATIONAL DU MÉRITE : NOMINATIONS ET PROMOTIONS DU 14 NOVEMBRE 2008** 30
- **BERNARD DELAFAYE, OFFICIER DANS L'ORDRE NATIONAL DE LA LÉGION D'HONNEUR** 38

## Actualité

- Campagne au Bâtonnat de Brigitte Longuet : la grande profession du droit (Paris, 21 octobre 2008)** 34

## Entretien

- Corinne Thiérache, président de Cyberlex** 44

## Rendez-vous

- 34<sup>ème</sup> Salon de l'avocat et du droit (Paris, 5 et 6 décembre 2008) – Barreau de Paris : campagne au Bâtonnat de Xavier Normand-Bodard (Paris, 25 novembre 2008) – Chambre nationale des experts en copropriété (Paris, 12 décembre 2008)** 46

## JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 **RÉDACTIONNEL** P. 1 à 48 **DIRECTION** : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS / TÉL. 01 44 32 01 50 / FAX 01 46 33 21 17 / E-MAIL [redactiongp@lextenso-editions.fr](mailto:redactiongp@lextenso-editions.fr)  
**RÉDACTION** : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / E-MAIL [redactiongp@lextenso-editions.fr](mailto:redactiongp@lextenso-editions.fr)

CAHIER 2 **ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS** [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02  
**INSERTIONS** : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / **FORMALITÉS** : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / **SERVEUR INTERNET JSS** : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 **ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS** [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] **ADMINISTRATION** : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 **STANDARD** : 01 44 32 01 50  
**DIFFUSION** : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / **INSERTIONS** : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / **FORMALITÉS** : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

[www.gazette-du-palais.com](http://www.gazette-du-palais.com)

# L'avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel

Philippe KRIKORIAN  
Avocat au Barreau de Marseille

« Deux dangers guettent le monde :  
l'ordre et le désordre » (Paul Valéry)

## INTRODUCTION

L'avocat-citoyen s'interroge : pourquoi, dans une société démocratique comme la France, fondée sur le principe de prééminence du droit, la référence à la raison juridique est-elle à ce point aussi absente du débat politique national, alors que celle-ci est à l'origine de la création de la démocratie américaine (1) ? Y aurait-il, au pays des droits de l'homme, quelque incongruité à se prévaloir de la règle de droit ? La démonstration du nombre et de la force serait-elle le seul argument de poids face à la puissance étatique ? Que signifie, pour l'individu libre, le droit au droit (2) ou le droit d'avoir des droits (3) ? Quels sont, en définitive, les rôles respectifs de l'avocat, d'une part, dont le statut constitutionnel (4) le désigne tout particulièrement pour exprimer et mettre en œuvre de façon effective le droit à la norme, et du juge, d'autre part, dans la protection qu'il doit lui apporter ?

Répondre à ces questions nécessite, en premier lieu, de prendre en considération le besoin normatif, et en second lieu d'analyser la réponse juridictionnelle à la demande de droit.

C'est, ainsi, dans un État de droit, envisager l'agir juridictionnel sous l'angle des fins (I) et des moyens (II).

## I. LES FINS : LA NÉCESSAIRE PRISE EN COMPTE PAR L'ÉTAT DU BESOIN NORMATIF

Au commencement est la conscience.

Au sommet règne le droit.

Conscience (*Cogito, ergo sum* affirme Descartes) et droit (la *Raison universelle* selon Portalis) sont, en effet, les deux sources du besoin normatif qu'on définira, dans le cadre de cette étude, comme l'exigence, dans une société donnée et dans le chef de l'homme libre, d'une constante et renouvelée protection des droits fondamentaux par le droit positif.

Cette protection, à tout instant mesurée à l'aune du principe absolu de dignité de la personne humaine, ne peut, dans un système de droit écrit

soumis au principe de légalité, compte tenu du fait que le pouvoir créateur de droit par le juge – les principes généraux du droit – est infra-législatif (5), être assurée que par la norme écrite et notamment la loi, au sens organique du terme – l'acte du Parlement – tant il est vrai comme l'énonçait Lacordaire qu'« *entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit* » : seule la loi, par exemple, peut restreindre la liberté d'expression (article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789).

Or, depuis le paradoxe de Condorcet et les travaux de Kenneth Joseph Arrow (6), on sait que l'élection n'est pas forcément la meilleure procédure pour déterminer les choix collectifs, en raison notamment de l'absence de transitivité des préférences.

On en déduit aisément que la démocratie représentative ne permet qu'imparfaitement de traduire les aspirations des citoyens (7).

Dès lors, la norme réglementaire, législative ou même constitutionnelle (hors la voie référendaire) ne correspond pas nécessairement à la volonté du peuple, ce qui n'est pas sans poser une difficulté certaine en termes de légitimité – ce dont attestent les divergences entre les électeurs et leurs représentants au sujet du devenir de l'Europe – : si la « *souveraineté nationale appartient au peuple* », celui-ci, à la manière d'un nu-propriétaire ou d'un incapable majeur, ne l'exerce que « *par ses représentants et par la voie du référendum* » (article 3, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958).

Ce démembrement de la Nation par l'hiatus qu'il réalise entre la souveraineté nationale et son exercice réservé au peuple représenté (parlementaires) ou assemblé (référendum), bien que critiquable au regard du principe démocratique lui-même, peut être toléré dans la toute mesure où est permise la participation réelle et personnelle du citoyen à la formation de la norme censée régir ses actes.

(1) L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, PUF, 2<sup>e</sup> édition Quadrige, novembre 2007, p. 52.

(2) J.-M. Varaut, *Le droit au droit*, Libre échange, PUF, février 1986.

(3) G. Calves, *Dictionnaire des sciences humaines*, PUF, octobre 2006, p. 246.

(4) P. Krikorian, *Le statut constitutionnel de l'avocat défenseur*, *Gaz. Pal.* du 4 décembre 2007, p. 3-8.

(5) La création du droit par le juge, tome 50, Dalloz, Archives de philosophie du droit, 2007.

(6) K.-J. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951).

(7) On se souvient, ici, de la diatribe de Jean-Jacques Rousseau contre la démocratie représentative : « Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement ; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde », citée par G. Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, 14<sup>e</sup> édition Dalloz, 2001, § 261, p. 338.

L'agir juridictionnel – qui se range, à l'instar de l'agir communicationnel <sup>(8)</sup>, parmi les théories de la société et qui se comprend plus précisément comme une dynamique processuelle au service de la démocratie et dont seules les grandes lignes seront évoquées ici – a donc pour but notamment de rendre effectif le droit constitutionnel du citoyen de concourir personnellement à la formation de la loi (B), selon une procédure qui le distingue des autres formes d'action démocratique (A).

#### **A – Le suffrage, condition nécessaire mais non suffisante de la démocratie**

Si « *le suffrage est le moyen habituel grâce auquel le peuple exerce la souveraineté qui lui appartient* » <sup>(9)</sup>, force est de constater que la participation réelle du citoyen à la formation de la loi par le droit de suffrage est des plus réduites.

En effet, d'une part, le peuple ne prend habituellement aucune part au vote de la loi qui est le fruit de ses seuls représentants.

D'autre part, le vote de la loi référendaire s'analyse davantage en termes de pulsions que de raison, l'initiative du vote échappant, de surcroît, totalement au citoyen sommé de répondre par oui ou par non à une question qui aurait nécessité plusieurs semaines de débats.

De même, le droit de pétition prévu par les articles 147 et suivants du règlement de l'Assemblée nationale n'offre qu'une participation illusoire dès lors qu'il ne conduit pas au vote d'une loi.

Quant au droit de manifestation, « *droit d'expression collective des idées et des opinions* », selon le Conseil constitutionnel (Cons. const., décision n° 94-352 du 18 janvier 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité), réservé au groupe et dont l'individu est, par définition, privé, il n'envisage qu'une pression physique de la multitude sur le pouvoir politique hors toute rationalité.

Pour autant, la voie parlementaire ou référendaire dominée par la règle de la majorité n'exclut pas la voie juridictionnelle à laquelle préside la raison juridique.

On se souvient encore de la phrase d'un député de la majorité lançant à l'opposition : « *Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires* » qui laisse toujours interrogateur quant à la conception de la démocratie qui pouvait inspirer son auteur.

(8) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987.

(9) D.-G. Lavaroff, *Le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 1999, p. 268.

#### **B – Le droit constitutionnel du citoyen de concourir personnellement à la formation de la loi**

Il est clairement établi par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (ci-après « DDHC ») que « *la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* ».

Il convient, toutefois, d'en préciser la signification véritable.

Contrairement à l'usage qui a été fait de ce texte jusque-là, la simple participation au référendum n'épuise pas à elle seule le droit de concourir personnellement à la formation de la loi.

L'article 6 de la DDHC précité doit, en effet, se lire à la lumière de l'article 16 de la même déclaration 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* ».

L'article 16 de la DDHC qui proclame la garantie des droits permet d'affirmer que la participation personnelle du citoyen à l'élaboration de la loi ne s'exprime pas uniquement par la voie du référendum, mais également par la voie juridictionnelle pour la défense des libertés constitutionnelles.

On sait, précisément, que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution <sup>(10)</sup>.

C'est rappeler que le législateur, s'il jouit de la légitimité populaire, ne détient pas, pour autant, le monopole de la raison juridique (la « *raison générale* » aurait dit Condorcet ou la « *raison universelle* » selon Portalis).

En d'autres termes, la volonté générale ne suffit plus à justifier la loi si elle méconnaît les droits fondamentaux.

Cependant, l'actuel contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi est imparfait dans la mesure où il est confié à des autorités politiques qui n'auront pas à motiver le refus de saisir le Conseil constitutionnel <sup>(11)</sup>.

De surcroît, le contrôle de constitutionnalité de la loi ne se conçoit que face à une loi positive et non pas en cas de carence du législateur (comme l'absence de protection juridictionnelle adéquate de la mémoire des victimes de crimes contre l'humanité autres que ceux exclusivement prévus par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse <sup>(12)</sup>).

(10) Cons. const., 23 août 1985, Nouvelle-Calédonie, consid. 27, Rec. p. 70.

(11) Cons. d'État (ord. réf.), 7 novembre 2001, B. Tabaka-O. Curtil, La décision du chef de l'État de ne pas déférer une loi au Conseil constitutionnel échappe à la compétence du juge administratif, *Petites Affiches* n°59, 2002, p. 15-19.

(12) P. Krikorian, *Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité*, Dalloz 2006, p. 1980.

D'où la nécessité d'investir le citoyen du pouvoir de provoquer lui-même ce contrôle justifié en droit, en actualisant un véritable dynamisme rationnel légal.

En d'autres termes, une nouvelle voie juridictionnelle est nécessaire si l'on veut assurer pleinement la garantie des droits.

## II. LES MOYENS : LA SATISFACTION JURIDICTIONNELLE DU BESOIN NORMATIF

Elle s'articule autour des deux principes piliers du droit public : le principe de légalité, d'une part (A) ; le principe de responsabilité, d'autre part (B).

### A – Le recours pour excès de pouvoir universel (REPU) : la conséquence nécessaire du principe de légalité

L'histoire du recours pour excès de pouvoir en France, depuis la loi des 7-14 octobre 1790 selon laquelle « *les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux et doivent être portées devant le roi, chef de l'Administration générale* », jusqu'à la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit dont l'article 1<sup>er</sup> consacre une règle jurisprudentielle (nouvel article 16-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : « *L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date* »), retrace les efforts successifs de construction et de consolidation de l'État de droit, opposé à l'État de police.

Aujourd'hui encore, le recours pour excès de pouvoir – procès fait à un acte, selon l'expression de Laferrière (Traité, 2<sup>e</sup> éd., T. 2, p. 561) – demeure « *le moyen essentiel de garantir la légalité (...) par lequel peut être anéanti tout acte administratif unilatéral contraire au droit* » et « *qui est ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* » (Cons. d'État, 17 février 1950, Dame Lamotte, RDP 1951. 478, concl. J. Delvolvé, note Waline) (13).

Dans cet ordre d'idées, la prise en compte du principe de légalité *lato sensu* – le principe de constitutionnalité selon le président Favoreu (14) – dans toute sa plénitude conduit à envisager le recours pour excès de pouvoir comme le moyen universel

et immédiat de protection des droits fondamentaux, au service et à l'initiative du citoyen.

Il ne faut pas craindre d'ajouter que le recours pour excès de pouvoir, ainsi considéré, procède directement du droit de résistance à l'oppression expressément visé par l'article 2 de la DDHC dont la conservation est l'un des buts de toute association politique et que le Conseil constitutionnel a consacré comme norme juridique (15).

Deux niveaux d'analyse se détachent : l'un, réglementaire (1) ; l'autre législatif et constitutionnel (2).

### 1 – L'échelon réglementaire : l'injonction directe et inconditionnelle d'édicter la norme

À cet égard, on connaît l'obligation pour le pouvoir réglementaire de prononcer l'abrogation d'un règlement illégal et ce, en vertu du principe de légalité.

Cette obligation participe de l'obligation plus générale pour l'autorité administrative d'exercer le pouvoir réglementaire.

Ainsi que l'exprime la doctrine :

« (...) *il est des hypothèses où l'administration a l'obligation de prononcer l'abrogation.*

*D'une façon générale, cette obligation pèse sur elle lorsque (à quelque époque que ce soit) lui est demandée l'abrogation d'un règlement illégal, qu'il ait été illégalement édicté, ou qu'il soit devenu illégal par suite d'un changement dans les circonstances de droit ou de fait* » (v. mettant bien au point l'état du droit, la jurisprudence Alitalia de 1989, n<sup>os</sup> 890 et suivants, ainsi que n<sup>o</sup> 153 (16).

Il est, en effet, jugé par le Conseil d'État « (...) *que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date* (...) » (17).

Ce principe jurisprudentiel ayant été très récemment consacré par le législateur par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, créant un article 16-1 dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, ainsi rédigé :

« *L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circons-*

(15) Cons. const., 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC.

(16) R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15<sup>e</sup> édition 2001, n° 1338, 1<sup>o</sup>, p. 1152.

(17) Cons. d'État (Ass.), 3 février 1989, Compagnie Alitalia, req. n° 74052 ; 20 décembre 1995, M<sup>me</sup> Vedel et Jannot, req. n<sup>os</sup> 132183, 142913 et encore Cons. d'État, 2 octobre 2006, Philippe Krikorian c/ M. le Premier ministre, n° 282028.

(13) G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, PUF, octobre 1984, p. 743.

(14) L. Favoreu, Mélanges Eisenmann, p. 33 et Pouvoirs n° 13, 1991, p. 18.

tances de droit ou de fait postérieures à cette date ».

De plus, aux termes de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative (ci-après CJA) :

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

De même, l'article L. 911-3 du même Code dispose « saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une astreinte qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet ».

Avec le professeur Chapus, on précise qu'en adressant une injonction à l'autorité concernée, le juge, loin d'empiéter sur les attributions de l'administration (loi des 16-24 août 1790), ne fait qu'expliquer « les obligations résultant de la chose jugée »<sup>(18)</sup>, exception notable au principe de séparation des pouvoirs.

On sait, à ce propos, que le Conseil d'État fait application de ces textes dans des cas où l'État a l'obligation de prendre une mesure déterminée, notamment après annulation du refus de prendre un décret, le Premier ministre recevant, dans ces circonstances, injonction de prendre le décret demandé<sup>(19)</sup>.

Il n'y a, dès lors, aucune difficulté à admettre la compétence directe du Conseil d'État pour statuer sur une requête tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre refuse de prendre un décret, car dans cette hypothèse, c'est contre le décret que le recours est « en réalité » dirigé<sup>(20)</sup>.

## 2 – L'échelon législatif et constitutionnel : l'édiction indirecte et conditionnelle de la norme nationale

Il n'est pas sérieusement contestable que c'est bien, en réalité, d'un recours pour excès de pouvoir que le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution aux fins de

se prononcer sur la conformité à celle-ci de l'acte déféré (loi, loi organique, proposition de loi de l'article 11, règlement d'une assemblée parlementaire). Ainsi s'exprime la doctrine :

« Dans son contenu, la notion de conformité ne se comprend qu'à la lumière de la jurisprudence. L'analyse de celle-ci fait apparaître que les moyens d'inconstitutionnalité peuvent être classés à la manière des cas d'ouverture des recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative »<sup>(21)</sup>.

Le nouvel article 61-1 de la Constitution, issu de la très récente réforme constitutionnelle, renforce, par la question préjudicielle de constitutionnalité qu'il crée, les fondations de l'État de droit, même si l'édifice reste inachevé :

« 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'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article »<sup>(22)</sup>.

On peut, en effet, regretter le choix de la voie médiate – le filtre du Conseil d'État et de la Cour de cassation – alors que le droit d'accès à un tribunal, pour être effectif, commandait que l'initiative du justiciable parvînt à la saisine immédiate du Conseil constitutionnel.

En outre, lorsque l'intervention du législateur est requise pour protéger un droit ou une liberté fondamentale, à quel juge le justiciable doit-il s'adresser ?

*De lege lata*, cette question se résout d'elle-même : aucun.

Ni le Conseil d'État<sup>(23)</sup>, ni le Conseil constitutionnel ne se reconnaissent compétents pour connaître de la légalité – ou de la constitutionnalité – d'un refus de déposer un projet de loi opposé par le Premier ministre.

La raison avancée, encore de nos jours, par la Haute juridiction administrative tient à la théorie des actes de gouvernement dont le Doyen Paul Duez, dès 1935, avait pourtant remarquablement mis en lumière le caractère purement politique et l'absence de fondement juridique<sup>(24)</sup>.

(18) R. Chapus in Droit du contentieux administratif, Domat droit public, Montchrestien, 12<sup>e</sup> édition, 2006, n° 1107, p. 964.

(19) Cons. d'État, 26 juin 1996, Assoc. lyonnaise de protection des locataires, Dr. adm. 1996, n° 444 ; 13 janvier 1997, req. n° 147650, Viscontini, AJDA 1997, p. 484 ; Cons. d'État (Ass.), 28 mars 1997, req. n° 180943, Union nationale des associations familiales ; Cons. d'État, 21 février 1997, req. n° 172634, Calbo.

(20) Cons. d'État (Ass.), 20 décembre 1995, M<sup>me</sup> Vedel et Jannot, p. 440, AJ 1996, p. 65, CJEG 1996, p. 215, concl. J.-M. Delarue, DA 1996, n° 32 : refus implicite d'abroger certaines dispositions d'un décret régissant l'entrée des personnes en Polynésie française – cité par le professeur René Chapus in Droit du contentieux administratif, Domat droit public, Montchrestien, 11<sup>e</sup> édition, 2004, n° 362, p. 297.

(21) V. G. Vedel, Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif : Cah. Cons. const., 1997, n° 2, p. 77 ; T.-S. Renoux et M. de Villiers, Code constitutionnel, Litec 2004, n° 1056, p. 513 et G. Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, n° 8, p. 21

(22) Article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

(23) Cons. d'État, 22 février 2008, M. et M<sup>me</sup> Grégoire Krikorian, n° 285727.

(24) P. Duez, Les actes de gouvernement, Dalloz 1935, réédition 2006, préface de F. Melleray, professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (Cercle).

Le droit comparé confirme, si besoin était, que l'acte de gouvernement n'est pas une fatalité (article 2 a) de la loi espagnole du 13 juillet 1998 citée par Fabrice Melleray, professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV – Cercle) (25).

À l'évidence, le droit positif, tel qu'interprété et appliqué par les juridictions suprêmes administrative et constitutionnelle ne laisse que peu de champ au recours pour excès de pouvoir dès lors qu'est en cause non pas un acte de souveraineté, mais la décision de l'exécutif d'initier ou non le processus législatif.

Toutefois, l'analyse de la norme nationale et supranationale autorise qu'on dépasse une telle conception insuffisamment protectrice des droits et libertés fondamentaux.

Nous proposons le schéma suivant.

Il résulte clairement tant de la loi fondamentale (article 16 de la DDHC) que des engagements internationaux de la France (articles 6, § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ; articles 2, § 3 et 14, § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 – ci-après « PIDCP »), qu'un recours effectif doit être organisé par l'État devant une instance de pleine juridiction dans toute hypothèse d'allégation de violation d'un droit fondamental.

La théorie des actes de gouvernement n'a évidemment pas sa place dans un tel système juridique seul garant de l'État de droit et ce, encore moins après la réforme constitutionnelle précitée.

On en déduit aisément que le justiciable se plaignant d'une abstention du législateur et après avoir demandé en vain à l'autorité constitutionnelle ayant l'initiative des lois d'y remédier – aux fins de lier le contentieux – doit pouvoir trouver un juge compétent aux fins d'apprécier la conformité au droit du refus opposé par le Premier ministre de déposer le projet de loi sollicité.

Ce juge n'est pas nécessairement le Conseil d'État, mais ce juge doit exister, à peine de priver notre société de Constitution, selon la formulation de l'article 16 de la DDHC.

Deux mécanismes pourraient être mis sur pied :  
1 – Le premier donne la préférence à la compétence du Conseil d'État qui apparaît comme la plus naturelle.

L'article R. 311-1, 1<sup>o</sup> du Code de justice administrative dispose, en effet :

« *Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :*

*1 – des recours dirigés contre les ordonnances du président de la République et les décrets (...)* ».

(25) P. Duez, op. cit.

On sait, aussi, qu'aux termes de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958 :

« *L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement* ».

C'est dire que si la fonction législative est dévolue au Parlement, son initiative revient, de façon privilégiée, au Premier ministre – l'immense majorité des lois étant d'origine gouvernementale – et s'exerce par la voie du décret.

Ainsi, cette initiative gouvernementale exercée sous l'autorité du Premier ministre, se traduit par le dépôt d'un projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat, sous forme d'un décret du chef du gouvernement contresigné par le ou les ministres chargés d'en soutenir la discussion devant les assemblées, après consultation du Conseil d'État et délibération en Conseil des ministres (26).

Force est de constater qu'en refusant de déposer un projet de loi, loin d'accomplir un acte de gouvernement – du reste négatif – le Premier ministre prend, au nom de l'État, personne morale de droit public par excellence, une décision susceptible de faire grief et dont le juge naturel est le juge administratif.

Reste la question du contrôle de la constitutionnalité du refus gouvernemental déferé à la censure du Conseil d'État.

Celle-ci, en apparence, ne se pose pas puisque la décision du Premier ministre n'est la mesure d'exécution d'aucune loi dont la constitutionnalité serait discutée, le Conseil d'État se reconnaissant le pouvoir de contrôler directement la constitutionnalité d'un décret (v. Cons. d'État (Ass.), 8 février 2007, Arcelor) (27) et de constater l'abrogation implicite de la loi (28) « (...) *Considérant que, s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découlent de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle* (...) » (29).

Si, toutefois, le projet de loi sollicité tend à faire supprimer une atteinte législative à un droit ou une liberté garanti par la Constitution, la méthode suivie par le juge administratif – à la suite du juge constitutionnel – dans l'arrêt Arcelor en matière de

(26) T.-S. Renoux et M. de Villiers in Code constitutionnel, Litec, Édition 2005, p. 442-445.

(27) Cons. d'État, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, n<sup>o</sup> 287110.

(28) Cons. const., décision n<sup>o</sup> 2006-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, consid. 16 à 20.

(29) Cons. d'État, 16 décembre 2005, n<sup>o</sup> 259584, Syndicat national des huissiers de justice.

transposition de directives communautaires <sup>(30)</sup> consistant à rechercher dans l'ordre juridique communautaire l'existence d'une norme assurant « *eu égard à sa nature et à sa portée (...) l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué* » pourrait, ici, également être employée, *mutatis mutandis*.

L'alternative suivante se présenterait selon que les droits et libertés constitutionnels prétendument méconnus par la loi devant être modifiée ont leur équivalent ou non dans le système de contrôle conventionnel ou communautaire :

– dans l'affirmative, le juge administratif devrait contrôler la conventionnalité de la loi en cause et sa conformité au droit communautaire, par le biais, le cas échéant, de la question préjudicielle prévue à l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ;

– dans la négative, les dispositions du nouvel article 61-1 de la Constitution l'inciteraient fortement à saisir le Conseil constitutionnel.

Dans tous les cas, dès lors que le refus gouvernemental conduirait à une violation de la norme constitutionnelle, communautaire ou conventionnelle, appréciée directement ou après question préjudicielle devant le Conseil constitutionnel ou la Cour de justice des Communautés européennes, le Conseil d'État devrait juger ce refus illicite et, en conséquence, enjoindre au Premier ministre de déposer le projet de loi sollicité, si nécessaire sous astreinte, sur le fondement des articles L. 911-1 et L. 911-3 du Code de justice administrative.

2 – La seconde formule permettant de remédier à la déclaration d'incompétence persistante, à cet égard, du Conseil d'État, consisterait à tirer toutes les conséquences, en termes de protection juridictionnelle, de l'article 16 de la DDHC et reconnaître le Conseil constitutionnel comme étant investi d'ores et déjà, en vertu de ce texte, d'une compétence de pleine juridiction, universelle et subsidiaire – en l'absence d'un autre juge – lui permettant d'annuler un refus de déposer un projet de loi, en faisant application des articles L. 911-1 et L. 911-3 du CJA susvisés non réservés au juge administratif, mais intéressant de façon plus générale « *la juridiction* » saisie.

Dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel serait parfaitement apte à exercer ce contrôle juridictionnel, dans sa fonction de protection des droits fondamentaux <sup>(31)</sup>, conjuguée avec ses autres fonc-

tions d'unification de l'ordre juridique, d'arbitrage entre les pouvoirs publics constitutionnels et de contrôle de l'expression du suffrage.

C'est, au demeurant, ce contrôle que la Haute assemblée, saisie d'un recours aux fins d'annulation de trois décrets relatifs à des opérations référendaires, a accepté d'exercer en dehors même des conditions définies par l'article 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, en jugeant :

« (...) *Considérant, cependant, qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics (...)* » <sup>(32)</sup>.

Le Conseil constitutionnel a, depuis lors, confirmé sa jurisprudence <sup>(33)</sup>.

Il importe d'observer, à cet égard, que le juge constitutionnel s'est, de façon purement prétorienne, reconnu une compétence juridictionnelle, outre la procédure fixée par la loi organique susvisée, en matière d'opérations référendaires, alors que le Conseil d'État y voyait un acte de gouvernement <sup>(34)</sup>, preuve de la faiblesse de cette théorie qui, face à la compétence nouvelle du Conseil constitutionnel, n'est plus, aujourd'hui, invoquée <sup>(35)</sup>, seule l'irrecevabilité – et non plus l'incompétence – étant opposée aux requérants qui avaient précédemment saisi le Conseil constitutionnel.

Il est patent, dans ces conditions, que le système de contrôle ci-dessus décrit, qu'il soit confié au Conseil d'État ou au Conseil constitutionnel, présente l'avantage de concilier la garantie des droits avec la souveraineté nationale, sans encourir le reproche de gouvernement des juges : ni le requérant, ni son avocat, ni le juge saisi n'exercent la souveraineté nationale ; l'article 3, alinéa 2 de la Constitution (« *Aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale* ») est intact.

Mais, la protection juridictionnelle est également assurée, à ce niveau, dès lors que le constat de la

(30) Cons. d'État, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, n° 287110.

(31) Site officiel du Conseil constitutionnel, rubrique « Pour en savoir plus sur la façon dont le Conseil constitutionnel assure ses missions » ; professeur G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Thémis droit, PUF, 2<sup>e</sup> édition refondue, février 2006, § 62, p. 67 ; professeur F. Melin-Soucramanien, *Du déni de justice constitutionnelle en droit public français*, *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de L. Favoreu, Dalloz 2007.

(32) Cons. const., décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par S. Hauchemaille.

(33) Cons. const., décision du 24 mars 2005 sur des requêtes présentées par S. Hauchemaille et par A. Meyet ; décision du 7 avril 2005, requête présentée par P. de Villiers et G. Peltier ; décision du 7 avril 2005, requêtes présentées par « Génération Écologie » et autres.

(34) Cons. d'État (Ass.), 19 octobre 1962, Brocas.

(35) Cons. d'État, 1<sup>er</sup> septembre 2000, M. Larrouturou et a., n°s 223890, 223949, 224054, 224066, 224502.

non-conformité au droit national ou supranational du refus de déposer le projet de loi demandé conduira le juge compétent à enjoindre, non pas au Parlement de voter la loi, mais au gouvernement d'inscrire le texte à l'ordre du jour de l'une ou l'autre assemblée, la représentation nationale restant entièrement libre et responsable de son vote.

Il appartiendra, en conséquence, au législateur d'accomplir sa tâche dans le respect de la Constitution :

« (...) 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 (...)* » (36).

Si le vote n'avait pas lieu, ou s'il était négatif, l'État n'aurait pas rempli sa mission de protection des droits fondamentaux et engagerait sa responsabilité extracontractuelle en raison de la carence de son organe législatif.

## B – Le recours de plein contentieux : la mise en œuvre du principe de responsabilité

Le principe de la responsabilité de la puissance publique, s'il s'impose aujourd'hui résolument à l'esprit du juriste, notamment depuis l'arrêt fondateur Blanco rendu le 8 février 1873 par le Tribunal des conflits, n'a, somme toute, qu'une existence récente. C'est, à l'inverse, un principe d'irresponsabilité qui prévalait jadis en droit français, lié à l'idée exprimée par Laferrière, ainsi que le rappelle le professeur Chapus, que « *le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation' et se traduisant notamment par l'absence de droit à réparation, tant des dommages causés par les lois, que de ceux résultant des actes administratifs « d'autorité » ou « de puissance publique » : n'engageaient la responsabilité des personnes publiques, ni les conséquences dommageables des mesures prises par elles dans leurs rapports avec*

(36) Cons. const., décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école et Cons. const. décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, loi relative aux organismes génétiquement modifiés, considérant 25.

*leurs fonctionnaires, ni celles des mesures de police administrative* » (v. E. Laferrière, *Traité*, 2<sup>e</sup> éd., T. 2, p. 13 et 183 et s.) (37).

En ce qui concerne, plus particulièrement la responsabilité de l'État du fait de son organe législatif (l'État législateur selon la formule retenue par la doctrine), il semble bien qu'elle ait été définitivement consacrée par la jurisprudence communautaire.

Il convient, à ce propos, de rappeler avec Petra Senkovic (38) que dès 1991, la Cour de justice des Communautés européennes a ouvert au profit des justiciables une action nouvelle fondée sur la violation du droit communautaire en jugeant que la responsabilité pour les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire imputables à une autorité publique nationale constitue un principe, inhérent au système du traité, qui engendre des obligations dans le chef des États membres (39).

Dans cette logique, il convient de réaffirmer que la doctrine dominante (40) se prononçait, sur le plan du droit interne, avant même la récente évolution jurisprudentielle, pour une transformation du régime de la responsabilité de l'État du fait des lois, telle qu'elle était, jusque-là, appliquée par la jurisprudence depuis l'arrêt La Fleurette de 1938 (41), le raisonnement devant en réalité s'appliquer à tous les cas de responsabilité de la puissance publique quel que soit l'organe de l'État en cause.

Il fallut attendre le 8 février 2007 pour que ce qui existait en germe fût consacré par le Conseil d'État dans un arrêt d'assemblée (42). La Haute juridiction y a décidé l'existence d'un nouveau cas de responsabilité extracontractuelle de l'État législateur, outre la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques, rejoignant en cela la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, en jugeant que « *la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption*

(37) R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15<sup>e</sup> édition 2001, § 1399, p. 1227.

(38) P. Senkovic, *L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du droit communautaire*, thèse publiée aux Éditions Bruylant, Bruxelles, 2000.

(39) CJCE, 19 novembre 1991, Francovich e.a., C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357, point 35 ; 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 31 ; 26 mars 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, point 38 ; 23 mai 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553, point 24 ; 8 octobre 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94, Rec. p. I-4845, point 20 ; 2 avril 1998, Norbrook Laboratories, C-127/95, Rec. p. I-1531, point 106 ; 4 juillet 2000, Haim, C-424/97, Rec. p. I-5123, point 26 ; 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01, points 30 à 32.

(40) R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15<sup>e</sup> édition, 2001, § 1319, p. 1380-1382.

(41) Cons. d'État (Ass.), 14 janvier 1938, Société des produits laitiers La Fleurette, Rec. p. 25.

(42) Cons. d'État (Ass.), 8 février 2007, M. Gardedieu c/ ministère de la Santé et des Solidarités, n° 279522.



*d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, d'autre part en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ».*

C'est, d'ailleurs, de son propre chef, en puisant aux sources de « *la Constitution, notamment son préambule et son article 55* » et de « *la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » expressément visés dans sa décision, que l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a, le 8 février 2007, élargi le champ de la responsabilité de l'État du fait des lois aux cas de méconnaissance par le législateur « *des engagements internationaux de la France* », de façon inconditionnelle et donc en englobant, implicitement mais nécessairement, les actes intéressant les relations entre le Parlement et le gouvernement, de même que ceux qui concernent la conduite des relations diplomatiques de la France, et non pas uniquement les actes qui en seraient détachables, cette réforme du droit positif accomplie par le Juge administratif suprême ayant été appelée de ses vœux par la doctrine qui, à juste titre, attache à la solution remarquable précitée « *de par sa motivation, une portée générale (...) pour l'ensemble des engagements internationaux* » (43).

La référence à la jurisprudence communautaire permet, de surcroît, de se convaincre que la responsabilité de l'État législateur et donc, par voie de conséquence, son obligation d'en supprimer les causes et de « *mettre les lois en harmonie avec les exigences* » des normes supranationales (44), lui sont opposables, tant dans l'hypothèse de l'adoption d'une loi violant le droit communautaire, que dans celle de l'abstention d'agir de l'État membre (CJCE, 4 juillet 2000, Haim, C-427/97, *Rec. p. I-5123*, points 36 à 43 – 34), cette règle découlant également du droit conventionnel (45).

Le fondement communautaire de la responsabilité de la puissance publique vient, au demeurant, de se lester de façon significative lorsqu'on considère le récent arrêt Gestas rendu par le Conseil

d'État (46), dans le prolongement de la jurisprudence Köbler de la Cour de Luxembourg (47).

La Haute juridiction administrative, après avoir rappelé qu'« *en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité* », y affirme, en effet, pour la première fois, que « *si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers* ».

Le droit communautaire constitue, désormais, plus qu'un moyen juridique susceptible de fonder la responsabilité de l'État en raison d'un dysfonctionnement au sein de la juridiction suprême, une véritable exception spécifique et perpétuelle à l'autorité de la chose jugée : aucun obstacle de droit n'empêchera plus les requérants déboutés de leur action indemnitaire de saisir, à nouveau et indéfiniment (48), le Conseil d'État, d'une requête de plein contentieux, et ce, d'autant moins, que le refus de saisir la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle inédite et nécessaire au règlement du litige, en violation de l'article 234 du Traité de Rome, sera lui-même de nature à caractériser « *une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers* ».

La responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux de la justice (« *L'État juge* ») prend, dans ce contexte, le relais de la responsabilité de l'État législateur, dans le seul but d'assurer aux citoyens une protection juridictionnelle concrète et effective.

Il n'y a là rien que de très normal, si l'on se souvient que quel que soit l'organe fautif, exécutif, législatif ou juridictionnel, l'État est susceptible, à tout moment, d'engager sa responsabilité extracontractuelle, notamment sous l'angle du droit communautaire, illustrant, de cette manière, une diver-

(43) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois in Les arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 16<sup>e</sup> édition, 2007, n° 52, § 13, p. 333.

(44) J.-F. Lachaume et H. Pauliat, Droit administratif – Les grandes décisions de la jurisprudence, Thémis, PUF, 14<sup>e</sup> édition, février 2007, n° 3, p. 126-127.

(45) CEDH (gr. ch.), Bosphorus Airways c/ Irlande, 30 juin 2005, req. n° 45036/98, § 136.

(46) Cons. d'État, 18 juin 2008, Gestas, n° 295831, JCP 2008, II, 10141, note J. Moreau.

(47) CJCE, 30 septembre 2003, Köbler c/ Autriche, C-224/01, Europe 2003, n° 12, chr. D. Simon.

(48) Sauf à ce que le législateur, s'il s'y croit autorisé, vienne restreindre, dans un but légitime et à l'aide de moyens adaptés et proportionnés à ce but – par exemple en prévoyant un délai raisonnable de carence entre chaque saisine, aux fins de permettre la réception par le droit interne de nouvelles normes supranationales – le droit constitutionnel d'accès à un tribunal et à un recours effectif, le tout, sous le contrôle du juge constitutionnel et du juge administratif.

sité des régimes juridiques dans l'unité politique et institutionnelle qu'il incarne.

\* \* \*

Comme on le voit, le principe de légalité ne se dissout pas dans la souveraineté nationale, mais la transcende ; il se prolonge et se parfait à travers le principe de responsabilité, volet sanctionnateur de la légalité méconnue.

## CONCLUSION

*Ubi societas, ibi jus.* Récusant toute conception holiste des phénomènes sociologiques <sup>(49)</sup>, c'est, en définitive, à une dialectique individuelle que convie l'agir juridictionnel, aux fins que soit adéquatement satisfait le besoin normatif, la demande de droit, autrement dit la volonté du citoyen de se réapproprier le droit de faire le droit par le droit.

Chaque acteur de la société civile (l'avocat grâce à sa fonction custodique) et chaque pouvoir de l'État (juge, gouvernement, Parlement) – tous de rang constitutionnel – y joue son rôle, dans le plus strict respect de la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu, avec comme but la protection des droits fondamentaux et la pérennité de la démocratie, « (...) afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés, 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 » (Préambule de la DDHC).

205 ans après le célèbre arrêt *Marbury c/ Madison* par lequel la Cour suprême des États-Unis fondait, de façon purement prétorienne, le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, le constituant français a décidé de doter la République d'un nouvel instrument de contrôle des actes du Parlement après leur promulgation.

Est-ce pour autant suffisant ?

Faudra-t-il une nouvelle réforme constitutionnelle pour que toutes les décisions de l'exécutif, sans exception, soient justiciables d'un contrôle juridictionnel ou une lecture plus attentive du bloc de constitutionnalité – spécialement de l'article 16 de la DDHC – y suppléera-t-elle ?

La réponse à cet enjeu de civilisation sera fournie par les citoyens eux-mêmes, par les avocats qui en défendant leurs causes se rappelleront qu'ils tiennent leur mission directement du droit et que leur autorité procède de l'ordre public de protec-

tion individuelle et par les Juges qui en connaîtront, lesquels ne pourront oublier que leurs jugements seront placés sous le contrôle constant et vigilant non pas de la volonté générale, mais de la raison publique <sup>(50)</sup> ou encore du spectateur impartial <sup>(51)</sup>.

Quand faire un procès pour défendre un droit fondamental et améliorer la législation ne sera plus considéré comme pathologique, mais comme un haut fait démocratique, il sera permis de dire que l'expérience plébéienne <sup>(52)</sup> aura réussi.

« *Ma nature est ainsi : j'aime mieux commettre une injustice que tolérer le désordre* », déclarait avec courage et sagesse Johann Wolfgang von Goethe, lors du siège de Mayence pour s'opposer au lynchage d'un soldat français.

Entre la raison des Lumières et la passion aveugle, de qui l'histoire a-t-elle retenu le nom ?

(49) Ce que ne démentirait pas Max Weber, pour qui la sociologie est d'abord science de l'action sociale.

(50) J. Rawls, *Paix et démocratie – le droit des peuples et la raison publique*, Éditions La Découverte, 2006.

(51) R. Boudon, *Essais sur la théorie générale de la rationalité*, PUF, novembre 2007, p. 298.

(52) M. Breaugh, *L'expérience plébéienne – Une histoire discontinuée de la liberté politique*, Éditions Payot et Rivages, 2007.