

**MONSIEUR LE PRESIDENT DE
LA REPUBLIQUE**
Palais de l'Elysée
55, Rue du Faubourg Saint-Honoré
75008 PARIS

LRAR n°1A 056 777 7209 0

**AFF. Philippe KRIKORIAN et a.
c/ Etat français (Statut constitutionnel de l'Avocat
défenseur et garantie des droits effective)**

**OBJET: Demande de dépôt d'un projet
de loi constitutionnelle relative
à la reconnaissance à l'Avocat de son
statut constitutionnel de défenseur et tendant
à l'instauration d'une garantie des droits effective
(Article 89 de la Constitution du 04 Octobre 1958)**

Marseille, le **04 Juillet 2013**

Monsieur le Président de la République,

Aux fins de garantir le libre l'exercice de leur **mission constitutionnelle d'Avocat défenseur** (CC, 19 et 20 Janvier 1981, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; **article de Maître Philippe KRIKORIAN « Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur »**, publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007, pp. 3 à 8, sur le site Internet www.philippekrikorian-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère),

les requérants dont, ici, le **soussigné** :

1°) Maître Philippe KRIKORIAN né le 13 Juin 1965 à MARSEILLE (Bouches-du-Rhône), de nationalité française, **Avocat inscrit au Barreau de Marseille**,

Adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20 - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76,

Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site internet www.philippekrikorian-avocat.fr

.../...

ONT L'HONNEUR DE VOUS DEMANDER, sur la proposition que Monsieur le Premier ministre doit vous faire, en application de l'article 89, alinéa 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958 (ci-après « la Constitution »), le dépôt d'un projet de loi constitutionnelle relative à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et tendant à l'instauration d'une garantie des droits effective.

*

Les **raisons de la demande** sont explicitées dans les développements alimentant la **discussion (II)** que précède le **rappel des faits, de la procédure et du contexte de l'affaire (I)**.

*

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

Seront, ici, exposées la **demande des requérants (I-A)**, puis la **problématique présentement étudiée** en rappelant son **contexte (I-B)**.

I-A/ LA DEMANDE DES REQUERANTS

Les **requérants** demandent à **Monsieur le Président de la République**, en vertu des **articles 6, 16 combinés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789** (ci-après « **DDH** ») et **89, alinéa 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958** (ci-après « **la Constitution** »), sur la **proposition que Monsieur le Premier ministre doit lui faire, en application de ce dernier texte, le dépôt d'un projet de loi constitutionnelle relative à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et tendant à l'instauration d'une garantie des droits effective.**

I-B/ LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Conservant la mémoire intacte de l'antique **Tribun de la Plèbe** dont ils revendiquent et recueillent l'héritage direct (v. **QPC de Maître Philippe KRIKORIAN** publiée le 02 Février 2013 sur le site www.philippekrikoriant-avocat.fr et éditorial du **Bâtonnier Christian CHARRIERE – BOURNAZEL**, Président du Conseil National des Barreaux du 28 Mai 2013) et des **cahiers de doléances** rédigés, à l'aube de la **Révolution française** par leurs illustres prédécesseurs, les requérants sont mus par la volonté notamment de réintégrer l'**Avocat** dans son **véritable et naturel statut constitutionnel**. La présente action se présente, ainsi, comme la mise en œuvre effective de l'**Agir juridictionnel** (v. article de **Maître Philippe KRIKORIAN** publié dans la Gazette du palais 324-325, des 19-20 Novembre 2008 « *L'Avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'Agir juridictionnel* »).

Ils adhèrent pleinement à l'aphorisme d'**Ernest RENAN**, selon lequel « *Il est téméraire de poser des bornes au pouvoir réformateur de la raison* » et se réfèrent, pour ce faire, aux considérations suivantes qui constituent les motifs de la **proposition de loi constitutionnelle** précédemment adressée par **Maître Philippe KRIKORIAN** aux parlementaires français (*pièce n°14*), demeurée, à ce jour, sans suite :

« I-/ EXPOSE DES MOTIFS

Mesdames et Messieurs les Députés,

Portalis affirmait, à juste raison, que « *la justice est la première dette de la souveraineté* » (1).

Qui, aujourd'hui, pourrait mettre en doute le rôle central et croissant de la justice dans l'équilibre des forces politiques, sociologiques et économiques, tant sur le plan interne qu'international?

A cet égard, nul ne contestera, comme le juge la **Cour européenne des droits de l'homme** que l'**Avocat** occupe, dans une **société démocratique**, une **place éminente**, étant rappelé que le **Conseil Constitutionnel** lui a reconnu, il y a près de trente ans, un statut constitutionnel dans sa mission de défense (2). Avec la mise en œuvre du **droit à un procès équitable** l'**Avocat** est, en outre, exonéré, selon la **Cour de justice de l'Union européenne**, des obligations d'information et de coopération avec les pouvoirs publics en matière de lutte contre le blanchiment (3). C'est, en réalité, conférer à l'**Avocat** défenseur une nécessaire **immunité** dès lors que son intervention se situe dans le champ d'application du **droit à un procès équitable** garanti notamment par l'article 6 de la **Convention européenne des droits de l'homme** et l'article 14 du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966.

A l'évidence, les relations qu'entretiennent avocats et magistrats appartiennent au **champ politique** à l'instar de celles que nouent parlementaires et membres du gouvernement au sein des Assemblées. Le prétoire se présente, dès lors, comme l'**interface entre l'Etat et la Société civile** permettant d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables. Ainsi, l'**Avocat** évolue nécessairement, notamment, dans l'enceinte de justice qui implique tous les acteurs étatiques et non-étatiques du procès, au sein d'une **société ouverte** – par opposition à la société fermée (4 et 5), ce qui **exclut tout régime disciplinaire** le concernant.

.../...

La **constitutionnalisation** et donc la **politisation** du rôle de l'Avocat étaient déjà annoncées par le même **PORTALIS** « orateur par don et avocat par mission »:

« (...) **quiconque ose mettre des bornes à la science de l'avocat n'a jamais conçu une parfaite idée de la vaste étendue de la profession** (...). *Que les orateurs du barreau se rassurent, leur carrière n'est pas moins brillante que celle de la chaire (professorale), que celle même de la tribune (de l'Assemblée). Je sais que les causes qu'ils ont à discuter ou à défendre viennent expirer dans l'étroite enceinte des tribunaux, mais elles naissent sur le vaste théâtre de la société; elles se lient à l'histoire de l'homme; elles forment le tableau le plus fidèle des moeurs de chaque pays et de chaque siècle. Un recueil bien fait des causes célèbres serait, à chaque époque, le recueil le plus instructif pour l'observateur philosophe. Il avertirait le législateur de la bonté ou de l'insuffisance de ses lois; le magistrat, de la tendance qu'il doit donner à ses décisions; le citoyen des vices qu'il doit redouter et des pièges contre lesquels il doit se prémunir de la part des hommes avec lesquels il est obligé de vivre. Les controverses judiciaires ne sont obscures, que lorsqu'on ne rencontre pas des hommes qui sachent les ennoblir. Les orateurs pourront manquer aux circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs.* » (6).

Il apparaît, ainsi, que l'Etat, dans une Société démocratique, s'acquitte de l'obligation de justice qu'il a contractée avec la Nation - assurer à chacun une **protection juridictionnelle effective** - par des **organes endogènes**, d'une part (les magistrats, greffiers, huissiers de justice, experts, mandataires de justice et autres collaborateurs du service public de la justice) et par des **entités exogènes et totalement indépendantes évoluant au sein de la Société civile**, savoir, les **Avocats**, d'autre part.

Le couple politique **Etat – Société civile** peut être traduit par la formule empruntée à **Edmund HUSSERL**: « **la transcendance dans l'immanence** ». L'Etat fournit les **conditions a priori** (nécessaires et universelles) de l'**expérience juridictionnelle** alimentée par la Société civile (les justiciables et leurs Avocats).

1. - Cependant, d'une part, le droit positif se trouve, à certains égards, en **nette discordance** avec le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** qu'il convient, partant, de consacrer expressément dans notre loi fondamentale.

Ainsi, la dénomination d' « **auxiliaires de justice** » qui figure à l'article **3, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est **manifestement incompatible** avec le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur. Elle devra, en conséquence, être supprimée et remplacée, dans la **loi organique**, par la formule « *Les avocats, dans l'exercice de leur mission constitutionnelle de défenseur, sont des **autorités de la Société civile** et ont droit au respect par tous des prérogatives qui s'attachent à cette qualité. Ils participent, à l'égal des magistrats, à la mise en oeuvre concrète et effective du droit à un procès équitable, mission de service public assumée par l'Etat.* »

2. - De deuxième part, la nouvelle **question prioritaire de constitutionnalité** dont l'exercice est ouvert depuis le 1er Mars 2010 aux justiciables et à leurs Avocats, si elle constitue une avancée significative dans la construction de l'Etat de droit, sous réserve du double filtrage discutable qu'elle impose, n'en demeure pas moins inefficace, - eu égard à sa **fonction régulatrice et non pas constitutive** -, lorsqu'il ne s'agit pas de critiquer **l'excès de la loi**, ou de faire **constater son abrogation implicite** (7), mais, à l'inverse, quand il y a lieu de se plaindre légitimement de **la carence en loi**: que faire quand des droits et libertés fondamentaux ne sont pas protégés efficacement par la loi ou quand le législateur tarde à transposer une directive ou une décision-cadre de l'Union européenne?

Il convient, en effet, de se rappeler, ici, le mot de **Lacordaire**: « *Entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit* ».

Une **solution juridique** existe et s'exprime à travers l'**Agir juridictionnel** (8) qui prolonge et met en oeuvre le vœu du **Doyen Paul DUEZ** lequel préconisait magistralement dès les années 1930 l'abandon de la **fausse théorie des actes de gouvernement dépourvue de tout fondement juridique**: « (...) *tout régime qui a l'ambition de réaliser l'Etat de droit doit biffer de ses institutions ce symbole défectueux qu'est l'acte de gouvernement. A la solution simpliste et rudimentaire qu'il consacre en faveur de la liberté de l'Exécutif, nous demandons que soit substituée la solution plus souple, plus nuancée de la réserve du pouvoir discrétionnaire. Tout aussi bien que l'acte de gouvernement, elle nous préservera du 'gouvernement des juges' demeurant strictement cantonnés dans leur rôle naturel de gardiens de la légalité; mais elle assurera un équilibre plus harmonieux entre les idées antagonistes d'autorité et de liberté.*

Dans les pays à contrôle juridictionnel développé qui consacrent encore l'acte de gouvernement et qui n'ont pas renié dans leur conception du droit public toute idée de liberté garantie des individus, la substitution vaut d'être tentée. Et nous formulons l'espoir que la France donnera l'exemple. 'La théorie de l'acte de gouvernement cessera automatiquement dans le monde entier lorsque la France en aura reconnu l'inopportunité' (R. LAUN, Rapport sur les actes de gouvernement – Institut international de Droit public, Annuaire, 1931, p. 191). Que l'opinion publique, que le Parlement aident, par leur attitude, les juges à vaincre une timidité qui, jusqu'à ce jour, ne leur a pas permis de regarder en face l'acte de gouvernement, mais seulement d'éliminer par des procédés obliques, ses conséquences les plus abusives. » (9).

Notons, au passage, que d'autres pays, comme **l'Espagne**, n'ont pas attendu un sursaut français et ont franchi le pas à la fin du vingtième siècle (article **2.a**) de la loi espagnole du 13 Juillet 1998).

Au demeurant, **aucune raison juridique** ne permet d'exclure du contrôle du juge le refus du Premier ministre de déposer, sous forme de **décret**, un projet de loi tendant à la protection de certains droits et libertés fondamentaux. Dans cette perspective, dès lors que le Droit commande l'intervention d'une telle loi protectrice, le juge, selon la belle formule du **Professeur René CHAPUS**, ne fait qu'**explicitement la chose jugée** lorsqu'il donne injonction, non pas au Parlement, mais au Gouvernement – ce qui nous préserve du spectre du « *gouvernement des juges* » - d'inscrire le texte à l'ordre du jour de l'une des deux Assemblées.

Ainsi, serait rendu effectif le droit constitutionnel des citoyens de « *concourir personnellement* » à la formation de la loi (art. 6 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789).

L'injonction du juge au Chef du Gouvernement d'**amorcer le débat parlementaire** sur une **question impérieuse d'intérêt général** - qu'autorise aujourd'hui la **loi** du 8 Février 1995 - ne serait pas davantage une atteinte au principe de séparation des pouvoirs que la transposition d'une directive de l'Union européenne n'est une violation de la souveraineté de la France, dès lors que dans l'un et l'autre cas la mesure exécutée s'inscrit dans un **rapport de nécessité** avec une norme que l'Etat s'est expressément engagé à respecter.

De même, dans un juste retour de balancier, l'intervention du juge dans le processus législatif, au nom du **principe de constitutionnalité**, n'est pas plus choquante au regard du principe de séparation des pouvoirs, que la **validation législative et rétroactive**, pour d'**impérieux motifs d'intérêt général**, d'actes administratifs objet d'un procès en cours (10).

Enfin, la mise en oeuvre de la **question prioritaire de constitutionnalité** confirme que des autorités juridictionnelles, comme la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat qui renvoient la question préjudicielle au Conseil Constitutionnel – et ce, faisant, font état officiellement de leur appréciation d'inconstitutionnalité de la loi déférée -, sont **étroitement associées à la formation d'une décision** – abroger ou déclarer une loi conforme à la Constitution – sans, pour autant, avoir la compétence d'édicter elles-mêmes cette décision, que sans leur concours le Juge constitutionnel ne pourrait pas davantage prendre puisqu'il ne peut s'en saisir d'office.

D'une **séparation hermétique des pouvoirs**, comme on pouvait la concevoir à l'époque de **Montesquieu**, on arrive, dans la perspective d'une **modernisation des institutions de la V^o République**, à une **conjugaison raisonnée des compétences** réparties entre chaque organe, aux fins de réduire toujours plus le fossé démocratique entre le Peuple, détenteur de la souveraineté nationale (art. 3 de la Constitution), et ses représentants.

Dans ces conditions, la loi est bien la résultante d'une **initiative citoyenne** (demande de dépôt d'un projet de loi éventuellement suivie d'un **recours pour excès de pouvoir universel** et d'une injonction du juge), **parlementaire** (dépôt d'une proposition de loi) ou **gouvernementale** (dépôt d'un projet de loi) sanctionnée par le **vote** du Parlement.

Où est donc le « *gouvernement des juges* » ?

3. - De troisième part, comme l'exprime la **Charte de l'Environnement de 2004**, adossée à notre Constitution, à travers le **principe de précaution** (article 5), l'**irréversibilité**, quand elle est nuisible à la Société doit être combattue et quand elle est nécessaire doit être maîtrisée, ce, dans tous les actes pris par ou au nom de la Puissance publique.

De surcroît, le **principe de cohérence**, selon lequel **nul ne peut se contredire au détriment d'autrui** (11) qui est applicable à toutes les personnes physiques et morales, y compris l'Etat, empêche notamment celui-ci, en lui opposant une **fin de non-recevoir**, de tenter de justifier l'exécution d'une **mesure irréversible gravement dommageable** par l'existence d'un régime d'indemnisation *a posteriori* des dysfonctionnements du service public de la justice. En d'autres termes, le **principe de responsabilité** de la Puissance publique ne saurait absoudre *a priori* les atteintes au **principe de légalité** dont il est le volet sanctionnateur.

La **relativisation de la chose jugée** opérée par le Conseil Constitutionnel lui-même, à l'occasion de l'examen de la loi organique mettant en oeuvre la question prioritaire de constitutionnalité, achève la démonstration: « *ni* (l'article **23-3** de la loi organique n°2009-1523 du 10 Décembre 2009 relative à l'application de l'article **61-1** de la Constitution, prévoyant le sursis à statuer) *ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel* » (12).

Autrement dit, l'irrévocabilité d'une décision juridictionnelle ne sera pas opposable à un justiciable pouvant se prévaloir d'une abrogation d'une loi décidée postérieurement par le Conseil Constitutionnel.

Ce principe n'est pas sans rappeler celui qu'a dégagé le Conseil d'Etat dans son arrêt **Gestas** du 18 Juin 2008 (13): l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat « *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.* », ce qui revient à faire du Droit de l'Union européenne une **véritable exception spécifique et perpétuelle** à l'autorité de la chose jugée, sauf au législateur à réglementer l'exercice de cette exception.

C'est donc avec une extrême prudence que devra être exécutée une mesure à objet ou effet irréversible, alors même que celle-ci ne serait que la conséquence d'une décision juridictionnelle **en apparence irrévocable**.

De même, le caractère de **nécessité** de la mesure irréversible, condition de son exécution, devra pouvoir être examiné, dans le cadre d'un **recours juridictionnel effectif**, en fonction de l'évolution des circonstances de fait ou de droit: **irréversibilité ne signifie pas perpétuité**.

*

Les motifs qui précèdent conduisent naturellement à faire porter la **révision constitutionnelle** qu'ils appellent sur les trois grands thèmes suivants:

- Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur;
- L'abandon de la théorie des actes de gouvernement;
- La maîtrise de l'irréversibilité des actes de la Puissance publique.

.../...

II- PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

Vu le bloc de constitutionnalité, notamment les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, les articles 1er et 89 de la Constitution du 4 Octobre 1958,

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

Article 1er

Le Titre VIII de la Constitution est modifié. Il s'intitule: « **La Garantie des droits et la protection juridictionnelle dues par l'Etat** » et comprend les articles 64 à 66 ainsi rédigés:

« Art. 64: **La garantie des droits est assurée, sous la responsabilité de l'Etat et la vigilance de la Société civile, sur tout le territoire de la République, par la conjugaison des prérogatives précisées dans la loi organique dont sont investis respectivement les Avocats, les Magistrats de l'ordre judiciaire et administratif et le Défenseur des droits.** »

« Art. 64-1: **L'Etat garantit à tous le droit à une protection juridictionnelle effective et le droit à un procès équitable. Tout justiciable, quels que soient la nature et le stade du procès, a droit à l'assistance ou la représentation d'un Avocat, autorité de la Société civile dont la mission de défense relève de l'ordre public de protection individuelle qui ne s'oppose pas à l'ordre public d'intérêt général, mais l'équilibre.** »

« Art. 65: **Toute action ou omission de la puissance publique, sans exception, susceptible de porter atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux garantis par la Constitution, le Droit de l'Union européenne, un traité ou accord régulièrement ratifié ou approuvé, ou les règles du droit public international, est soumise à contrôle juridictionnel par l'exercice du droit à un recours effectif, apte à en faire cesser les effets et, le cas échéant, réparer ses conséquences dommageables.** »

« Art. 66: **Nulle mesure à objet ou effet irréversible ne peut être exécutée, sauf risque contraire, actuel et sérieusement opposable d'irréversibilité gravement dommageable, si elle cesse d'être nécessaire au moment de son exécution, ni sans présentation, à cette date, d'une décision irrévocable au fond de l'autorité publique compétente la prononçant expressément.**

Statuant, le cas échéant, sur une demande alléguant ou contestant l'existence d'un tel risque d'irréversibilité, le juge, lorsque les circonstances permettent utilement sa saisine, détermine, parmi les intérêts en présence et selon les règles de droit en vigueur, ceux qui méritent la protection juridictionnelle la plus appropriée. »

Article 2

Les articles 64 à 66-1 deviennent respectivement les articles 66-1 à 66-4.

*

Fait à Marseille, le 18 Décembre 2012

Maître Philippe KRIKORIAN

NOTES

1. Cité par **Raymond CARRE de MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920-1922, réédition Dalloz 2004, p. 736
2. **CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; article de **Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* » publié dans la **Gazette du Palais** des 2-4 Décembre 2007 et sur le site Internet **www.philippekrikorian-avocat.fr**
3. **CJUE, 26 Juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones**, C-305/05 (question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001)
4. **Henri BERGSON**, Les deux sources de la morale et de la religion, 1932
5. **Karl POPPER**, La société ouverte et ses ennemis, 1942
6. Eloge du Président Séguier, p. 40 in Portalis, père du Code civil par **Jean-Luc A. CHARTIER**, Fayard 2004, p. 51
7. **CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice**, n°259584
8. **Maître Philippe KRIKORIAN**, « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », **Gazette du Palais** 19-20 Novembre 2008, p. 10
9. **Paul DUEZ**, Les actes de gouvernement, Sirey 135, réédition Bibliothèque Dalloz Novembre 2006, p. 210, préface de **Fabrice MELLERAY**, Professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (CERCCLE)
10. **CE, Ass. 08 Février 2007, GARDEDIEU c/ Ministère de la Santé et des Solidarités**, n°279522
11. **Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841; **Dimitri HOUTCIEFF**, note sous **Cass. 3° Civ., 28 Janvier 2009**, D. 2009, p. 2010, § 11
12. **CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009**, consid. 18

.../...

13.CE, 18 Juin 2008, GESTAS, n°295831, JCP 2008, II, 10141, note J. Moreau cité par **Maître Philippe KRIKORIAN** in « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, p. 17

*

II-DISCUSSION

La **recevabilité** (**II-B**), comme le **bien-fondé** (**II-C**) de la présente requête dont le contentieux est de la **compétence de l'ordre juridictionnel français** (**II-A**), sont parfaitement établis en l'espèce.

II-A/ LA COMPETENCE DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL FRANCAIS POUR PREVENIR, FAIRE CESSER ET REPARER TOUTE ATTEINTE AUX DROITS FONDAMENTAUX

Le **droit constitutionnel du citoyen de concourir personnellement à la formation de la loi** (**II-A-1**) qui s'exerce notamment par le vecteur procédural du **droit à un recours juridictionnel effectif** (**II-A-2**) commande qu'un **plein contrôle juridictionnel** s'exerce sur les refus de prendre des décrets de présentation au Parlement de **projets de loi conférant des droits aux particuliers** (**II-A-3**).

II-A-1/ LE DROIT CONSTITUTIONNEL DU CITOYEN DE CONCOURIR A LA FORMATION DE LA LOI (ART. 6 DDH) : LA NORMATIVITE CITOYENNE EN PUISSANCE

Aux termes de l'article **6** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) :

« La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. (...) »

Ce texte, à valeur constitutionnelle, confère à chaque citoyen français de façon explicite le droit de participer de façon active et personnelle à l'élaboration de la loi. Cette participation ne saurait prendre l'unique forme du **référendum**, qui n'est d'ailleurs pas expressément visé par le texte, ni celle du dépôt de **résolutions** qui n'ont pas vocation normative.

Il est le corollaire de l'article **3 DDH** selon lequel *« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »*

Si le **Parlement** est le lieu où s'exerce la **normativité législative**, par les représentants des citoyens, ceux-ci n'ont pas, pour autant, renoncé à faire valoir, **par eux-mêmes, seuls et individuellement**, devant les **tribunaux**, leur **droit constitutionnel de concourir à la formation de la loi**.

Héritière directe de la **Plèbe romaine**, la **Société civile moderne** – dont l'Avocat est l'une des autorités emblématiques - n'a pas, en élisant ses représentants au Parlement, abdiqué l'exercice direct et personnel de ses droits fondamentaux.

La **plèbe** est, donc, « le nom d'une *expérience*, celle de l'*accession à la dignité politique humaine*. Ni catégorie sociale ni affirmation identitaire, la plèbe désigne un événement politique de tout premier ordre, soit le passage d'un *statut infrapolitique* à celui de *sujet politique à part entière*. L'expérience plébéienne se manifeste comme la *métamorphose de l'animal laborans en zoon politikon*. Précisons qu'il faut entendre animal laborans dans un sens qui déborde les figures du travailleur, de l'ouvrier ou du prolétaire. Est animal laborans celui dont l'être demeure soumis à l'*ordre vital*, aux *impératifs du corps humain*. En tant que tel, son statut infrapolitique tient au fait qu'il soit *privé de parole publique (logos)* et réduit à la *simple expression animale du plaisir et de la douleur (phoné)*.

Afin de prévenir toute tentative de ramener la plèbe à un acteur objectivement constitué qui passerait du 'pour-soi' à 'l'en-soi', notre réflexion demeure axée sur la notion d'*expérience*'. Comprendons par 'expérience' le sens que lui confère **Georges Bataille** : 'J'appelle expérience un *voyage au bout du possible de l'homme*, écrit Bataille. Chacun peut ne pas faire ce voyage, mais, s'il le fait, cela suppose niées les autorités, les valeurs existantes, qui limitent le possible. Du fait qu'elle est négation d'autres valeurs, d'autres autorités, l'expérience ayant l'existence positive devient elle-même positivement *la valeur et l'autorité*' (G. Bataille, *L'Expérience intérieure*, Paris, Gallimard, 1988 (1978), p. 19). L'*expérience plébéienne* désigne donc une *disposition qui refuse les limites du possible-actuel de l'ordre dominant* et dont la finalité est de *faire advenir un être-ensemble* autre que celui qui sévit dans une communauté politique particulière.

Au cœur de cette expérience se trouve un désir : celui de *ne pas subir la domination politique*. L'impulsion qui donne vie à l'expérience plébéienne est un *refus de la domination* qui ouvre à l'expression d'un *désir de liberté*. Ici, il faut comprendre 'liberté' dans son sens politique, c'est-à-dire la *possibilité offerte à tous de participer à la vie de la cité*. Les luttes plébéiennes sont des luttes qui visent à *faire vivre la liberté politique en s'attaquant au règne sans partage de la domination*. (...) »

(**Professeur Martin BREAUUGH**, *L'expérience plébéienne – Une histoire discontinuée de la liberté politique*, Editions Payot et Rivages, Critique de la politique, 2007, préface pp. 11-12).

Adapté à l'époque contemporaine, le statut du **tribun de la plèbe** est très voisin de celui de l'**advocatus**, étymologiquement *celui qu'on appelle pour être défendu en justice*.

Par l'**agir juridictionnel** (v. Maître Philippe KRIKORIAN, *L'Avocat et le juge face au besoin normatif – esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel*, Gaz. Pal. 19-20 Novembre 2008, p. 10), la **capacité de jouissance** des citoyens (la **normativité citoyenne en puissance**) se transforme en **capacité d'exercice** (la **normativité citoyenne en acte**) qui se définit classiquement comme « *l'aptitude d'une personne à faire valoir les droits dont elle se prétend titulaire* » (Loïc CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec 1992, n°785, p. 408), « *en l'occurrence l'aptitude à mettre en œuvre le droit de saisir le juge*. (...) *La capacité de jouissance permet quant à elle d'être titulaire d'un droit*. » (Eric SAVAUX, *La personnalité morale en procédure civile*, RTD civ. 15/03/1995, p. 1, § 8).

Combiné avec l'article **16 DDH** qui garantit le **droit à un recours juridictionnel effectif**, l'article **6 DDH** autorise la saisine du juge pour que celui-ci, comme en l'espèce, constate la **nécessité de l'édiction d'une norme générale** par l'autorité compétente.

C'est bien ce qu'exprimait, déjà, devant l'Assemblée, le 17 Août 1789, le **Député BERGASSE**, Avocat de son état, dans son **rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire** :

« (...) *L'influence du pouvoir judiciaire n'a point de bornes; toutes les actions du citoyen doivent être regardées, en quelque sorte, comme de son domaine; car, pour peu qu'on y réfléchisse, on remarquera qu'il n'est aucune action du citoyen qu'il ne faille considérer comme légitime ou illégitime, comme permise ou défendue, selon qu'elle est conforme ou non à la loi. Or, le pouvoir judiciaire étant institué pour l'application de la loi, ayant, en conséquence, pour but unique d'assurer l'exécution de tout ce qui est permis, d'empêcher tout ce qui est défendu, on conçoit qu'il n'est aucune action sociale, même aucune action domestique, qui ne soit, plus ou moins immédiatement, de son ressort.*

L'influence du pouvoir judiciaire est donc, pour ainsi dire, de tous les jours, de tous les instants; et, comme ce qui influe sur nous tous les jours et à tous les instants ne peut pas ne point agir d'une manière très profonde sur le système entier de nos habitudes, on conçoit qu'entre les pouvoirs publics, celui qui nous modifie le plus en bien ou en mal est incontestablement le pouvoir judiciaire.(...)

On ne peut donc contester l'influence sans bornes du pouvoir judiciaire; mais, si son influence est sans bornes, si elle est supérieure à celle de tous les autres pouvoirs publics, il n'est donc aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là; il n'en est donc aucun qu'il convienne d'organiser avec une prudence plus inquiète et des précautions plus scrupuleuses. (...)

Il y a, comme on sait, deux espèces de liberté : la liberté politique et la liberté civile.

La liberté politique, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de concourir, soit par lui-même soit par ses représentants, à la formation de la loi.

La liberté civile, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi.

Or, la liberté politique est en danger, toutes les fois que, par l'effet d'une circonstance ou d'une institution quelconque, le citoyen ne concourt pas à la formation de la loi avec la plénitude de sa volonté; toutes les fois que, par une certaine disposition des choses, la loi qui devrait toujours être l'expression de la volonté générale, n'est que l'expression de quelques volontés particulières; toutes les fois que la puissance publique est tellement concentrée, distribuée, ou ordonnée, qu'elle peut facilement faire effort contre la Constitution de l'Etat, et, selon les événements, la modifier ou la détruire.

La liberté civile est en danger toutes les fois que le pouvoir qui doit protéger le citoyen dans sa personne ou sa propriété est tellement institué, qu'il ne suffit pas pour cet objet; toutes les fois encore que, suffisant pour cet objet, il devient malheureusement facile de l'employer au détriment de la personne ou de la propriété.

On ne peut mettre la liberté politique en danger sans y mettre la liberté civile. On sent, en effet, qu'à mesure que le citoyen perd de sa liberté politique ou de la faculté dont il jouit de concourir à la formation de la loi, sa liberté civile, qui n'est elle-même protégée que par la loi, doit être nécessairement moins garantie.

On ne peut mettre également la liberté civile en danger, sans y mettre également la liberté politique. On sent, en effet, que si le pouvoir destiné à protéger la liberté civile, c'est-à-dire cette espèce de liberté dont l'usage est de tous les jours, tendait au contraire à l'altération, le peuple, esclave par sa Constitution civile, serait bientôt sans force et sans courage pour défendre sa Constitution politique.

*Afin que le pouvoir judiciaire soit organisé de manière à ne mettre en danger ni la liberté civile ni la liberté politique, il faut donc que, dénué de toute espèce d'activité contre le régime politique de l'Etat, et n'ayant aucune influence sur les volontés qui concourent à former ce régime ou à le maintenir, il dispose, pour **protéger tous les individus et tous les droits**, d'une force telle, que, **toute-puissante pour défendre et pour secourir**, elle devienne **absolument nulle, sitôt que changeant sa destination, on tentera d'en faire usage pour opprimer.** (...) »*

(**Orateurs de la Révolution française, I, Les Constituants**, Gallimard 1989, Bibliothèque de La Pléiade, pp. 103 et s.)

II-A-2/ LE DROIT A UN RECOURS JURIDICTIONNEL EFFECTIF (ART. 16 DDH) COMBINE AVEC LE DROIT DU CITOYEN DE CONCOURIR PERSONNELLEMENT A LA FORMATION DE LA LOI (ART. 6 DDH) : LA NORMATIVITE CITOYENNE EN ACTE

Aux termes de l'article 16 DDH :

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

On déduit de cette **règle constitutionnelle**, garantissant le **droit à un recours juridictionnel effectif**, combinée avec le **principe de cohérence**, selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui (**Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841 ; **Cass. Com. 20 Septembre 2011**, n°10-22.888, RTD civ. Octobre-Décembre 2011, p. 760) qu'est **irrecevable** en justice tout moyen tendant à anéantir la **protection juridictionnelle effective** due par l'Etat à tout justiciable.

Il en ressort que toute allégation défendable de **violation d'un droit fondamental** doit pouvoir trouver un **juge compétent** investi de la **plénitude des pouvoirs** lui permettant d'en vérifier la réalité et, le cas échéant, d'y mettre un terme.

Entre dans ce schéma le **refus opposé par l'Etat de légiférer** lorsque la norme demandée est de nature à **procurer des droits aux particuliers**. Dans ce cas, en effet, l'absence de dépôt d'un projet de loi prive les citoyens de leur droit de concourir à la formation de la loi par le truchement de leurs **représentants**, puisque le parlementaire n'a pas le pouvoir, seul, de **décider l'inscription d'une proposition de loi à l'ordre du jour** de la Chambre concernée qui est entre les mains de l'exécutif (et, à l'Assemblée nationale, de la Conférence des présidents).

En agissant par la **voie juridictionnelle** le citoyen **actualise le droit constitutionnel à concourir personnellement à la formation de la loi** dont il est titulaire. De la **simple capacité de jouissance** (être titulaire du droit de concourir à la formation de la loi – la **normativité citoyenne en puissance**), il passe à la **pleine capacité d'exercice** (la mise en œuvre de ce droit devant les **juridictions compétentes** - la **normativité citoyenne en acte**).

De surcroît, **l'intérêt à agir** conférant au citoyen qualité à agir pour obtenir le vote d'une loi par la voie juridictionnelle (concrètement, l'inscription d'un projet de loi à l'ordre du jour d'une des deux Assemblées) lui est donné par la Constitution elle-même (art. 6 DDH) qui ne requiert pas d'autre qualité que celle de **citoyen**.

Cette règle s'est déjà illustrée en jurisprudence par le **recours pour excès de pouvoir** – garantie fondamentale du **principe de légalité** qui « *est ouvert même sans texte contre tout acte administratif* » (**CE, Ass. 17 Février 1950, Ministre de l'Agriculture c. Dame LAMOTTE**, Rec. 110) pour lequel l'intérêt à agir est apprécié avec un libéralisme certain.

Son application n'est, cependant, pas limitée à la matière administrative, mais s'étend à toutes les situations mettant en cause des **droits fondamentaux**, sous l'égide du **principe de constitutionnalité**.

II-A-3/ LE PLEIN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES REFUS DE PRESENTATION AU PARLEMENT DE PROJETS DE LOI CONFÉRANT DES DROITS AUX PARTICULIERS

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

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

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

On y retrouve déjà, Outre-Atlantique, au tout début du dix-neuvième siècle, la référence au concept qui donnera naissance, en France, à la **théorie des actes de gouvernement** que le **Conseil d'Etat** mettra en œuvre à la Restauration, comme **gage de sa pérennité**.

La conséquence de l'application combinée des articles **6** et **16 DDH** est sans ambiguïté : dès lors que la **loi demandée est de nature à procurer des droits aux particuliers** (comme une **loi ayant pour objet de lutter contre le négationnisme** ou celle qui **renforce les prérogatives de défense des Avocats**), les **citoyens**, qui sont titulaires du **droit de concourir personnellement à la formation de la loi** (**capacité de jouissance**), justifient, de par la **Constitution** elle-même et face au refus illicite que leur oppose l'exécutif, d'un **intérêt légitime suffisant** leur donnant **qualité à agir en justice** pour mettre en œuvre ce droit (**capacité d'exercice**) et obtenir du juge compétent qu'il délivre **injonction** à l'autorité constitutionnelle compétente (le **Premier ministre** pour les lois ordinaires et organiques – art. **39** de la Constitution; le **Président de la République** sur proposition du **Premier ministre** pour les lois constitutionnelles – art. **89** de la Constitution) de présenter le texte au Parlement.

Le **décret** de présentation d'un projet de loi (ordinaire, organique ou constitutionnelle) au Parlement reste un **acte administratif**. Il est le support de ce qu'en **langage kelsenien** on pourrait appeler une « **proposition de droit** » soumise au législateur ou au constituant. Son auteur est, dans le vocabulaire de la **Rome antique** un « **rogator** ».

Or, l'exercice par le **Président de la République** et/ou le **Premier ministre** du **pouvoir réglementaire général** dont procède le **dépôt d'un projet de loi**, quel qu'il soit (**II-A-3-a**), est soumis au **contrôle juridictionnel tant du Conseil d'Etat** (**II-A-3-c**) que du **juge judiciaire** (**II-A-3-d**), compétence concurrente que la **théorie des actes de gouvernement** ne saurait, cependant, contrarier (**II-A-3-b**).

II-A-3-a/ LE DECRET DE PRESENTATION D'UN PROJET DE LOI AU PARLEMENT PROCEDE DE L'OBLIGATION D'EXERCER LE POUVOIR REGLEMENTAIRE

« *L'enjeu est simple : en cas d'obligation juridique de prendre des règlements, les refus (explicites ou implicites) sont entachés d'illégalité et annulables sur recours pour excès de pouvoir ; de plus, s'ils ont causé des préjudices, ils sont de nature à engager la responsabilité de la personne publique fautive.*

Enfin, (loi du 8 février 1995), l'annulation des refus peut être assortie de l'injonction formelle d'édicter les règlements, sous menace (le cas échéant) d'une astreinte (v. n°1030-2°) (...) »

(**Professeur René CHAPUS**, Droit administratif général, tome 1, Domat Droit public, Montchrestien 15^e édition 2001, § 879, p. 684).

Cette **obligation** qui découle de la qualité de **règlement** du décret de présentation (**1**), se vérifie dans deux hypothèses :

- d'une part, celle où le règlement est **nécessaire à l'application d'un texte (2)** ;
- d'autre part, celle où son édicition est **imposée par une situation de fait ou de droit (nécessité fait loi) (3)**.

1./ LE DECRET DE PRESENTATION D'UN PROJET DE LOI AU PARLEMENT EST UN ACTE ADMINISTRATIF A OBJET NORMATIF SOUMIS A CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

De fait, le régime de la **responsabilité de l'Etat du fait des lois** a été récemment enrichi d'un nouveau cas:

« (...) *Considérant que la responsabilité de l'Etat 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 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; (...) »*

(**CE, Ass. 8 Février 2007, M. GARDEDIEU c/ Ministère de la santé et des solidarités, n°279522**).

On sait, de plus, que **la juridiction administrative est compétente** pour connaître des actions relevant du « *régime de la responsabilité de l'Etat du fait de son activité législative* » comme celle tendant à « *rechercher la responsabilité de l'Etat du fait de la méconnaissance de l'obligation qui incombe au législateur d'assurer le respect des conventions internationales, notamment faute d'avoir réalisé la transposition, dans les délais qu'elles ont prescrits, des directives communautaires* » (TC, 31 Mars 2008, Société Boiron, n° C3631).

Ainsi, l'équation « **illégalité égale faute** » implique deux conséquences, notamment lorsque c'est d'une décision illégale que procède le dommage.

D'une part, un **comportement abstentionniste** de la Puissance publique de nature à justifier un reproche est **fautif** et pourra engager la **responsabilité de l'Etat**.

D'autre part et inversement, lorsque l'Etat a engagé sa responsabilité du fait de la **carence fautive de son organe législatif**, cette **responsabilité pour faute**, qui suppose qu'une **obligation préexistante de légiférer a été méconnue** par celui-ci, oblige l'autorité constitutionnellement compétente à prendre les **mesures positives** propres à faire cesser l'illégalité.

Or, aux termes de l'article **39 alinéa 1er** de la Constitution:

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

De même, l'article **89, alinéa 1er** de la Constitution dispose :

« *L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au **Président de la République** sur proposition du **Premier ministre** et aux membres du Parlement.* »

C'est donc au **Premier Ministre** qu'il revient, en France, de façon privilégiée, en application des normes constitutionnelles, d'agir aux fins de **remédier à la carence du législateur** (pour les projets de lois ordinaires ou organiques – art. **39**) ou au Président de la République, sur proposition du Premier ministre (pour les projets de lois constitutionnelles – art. **89**).

Concrètement, cette obligation faite à l'Etat de **légiférer** fera intervenir l'**organe exécutif** et l'**organe législatif**.

Elle se traduira – dans la procédure de l'article **39** - par le **dépôt d'un projet de loi** sur le bureau de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, initiative gouvernementale exercée sous l'autorité du Premier Ministre, 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'Etat et délibération en Conseil des Ministres (v. **Professeurs Thierry S. RENOUX et Michel de VILLIERS** in Code Constitutionnel, Litec, Edition 2005, pp. 442-445).

Il y a lieu, en effet, au sein de la loi, de distinguer l'**acte** (l'**instrumentum – lex**) de la **volonté normative** qui est à son origine (le **negotium** ou l'**animus legis** ou **affectio legis**).

Ainsi, l'initiative d'édicter la norme (**animus juris**), qu'elle soit réglementaire ou législative, n'est pas toujours prise par l'autorité constitutionnelle désignée par la Constitution pour saisir le Parlement (Premier ministre pour la loi ordinaire et organique – art. 39 de la Constitution ; Président de la République, sur proposition du Premier ministre pour la loi constitutionnelle – art. 89 de la Constitution).

C'est, dans ce cas de figure, l'application directe de l'article **88-1** de la **Constitution** aux termes duquel :

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

La norme européenne qui sera transposée dans l'ordonnement juridique national aura été décidée par une **autorité supra-nationale** (le Conseil de l'Union avec ou sans le concours du Parlement européen) différente de la France et au fonctionnement de laquelle celle-ci participe.

Il en est ainsi dans l'hypothèse de **transposition en droit interne** d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne (directive ou décision-cadre), au moyen du **règlement**, le Premier ministre, **compétent** en vertu de l'article 37 de la Constitution pour l'édicter, **n'en prend pas pour autant l'initiative**. De même, lorsque les règles constitutionnelles nationales imposent le recours à la loi, le Premier ministre qui, pour mettre en oeuvre la transposition, en application de l'article **88-1** de la Constitution, dépose le projet de loi sous forme de **décret**, conformément à l'article 39, **n'en prend pas davantage l'initiative**.

Comme on le voit, l'acte de transposition, qu'il soit une **loi** (qu'initie le décret de présentation au Parlement) ou un **règlement autonome**, n'est qu'une **mesure d'exécution** d'une norme décidée par l'Union européenne. La **nécessité** préside et préexiste à la transposition et, partant, à l'édiction de la loi ou du décret qui la réalise.

Dans tous les cas, c'est un **décret** de l'autorité constitutionnelle compétente qui réalise la transposition. Rien ne permet, dès lors, de voir dans ce vecteur nécessaire à l'exécution de l'engagement communautaire pris par l'Etat autre chose qu'un **acte administratif à objet normatif**, susceptible de **contrôle juridictionnel**.

C'est en ce sens, déjà, que se prononçait **Raymond CARRE DE MALBERG** au sujet des **décrets d'exécution des lois**, sous la III^o République, qui y voit une **compétence d'attribution** :

« Toutefois, si larges que soient les capacités ainsi déferées à l'Exécutif et alors même qu'elles sembleraient s'analyser en véritables pleins pouvoirs, il reste toujours à observer que la puissance qui se trouve contenue en elles n'a point les caractères d'une puissance primaire, initiale ou spontanée : elle ne repose point sur la propre force créatrice de l'autorité exécutive, sur une force innée qui permettrait à cette autorité de déterminer de sa seule volonté ce qu'elle sera capable de faire. Cette puissance ne consiste jamais qu'en une compétence d'attribution. Elle présuppose, dans tous les cas, un acte de puissance antérieure, par lequel l'Exécutif a été investi des facultés, particulières ou générales,

.../...

*momentanées ou durables, qui sont présentement en sa possession. C'est là le trait essentiel par où se caractérise le pouvoir exécutif et qui lui a valu son nom. La Constitution de 1875 marque ce trait d'une façon bien nette, lorsqu'elle définit, en thèse générale, la fonction présidentielle en disant que **le Président 'assure l'exécution des lois'** (...) »*

(**Raymond CARRE de MALBERG**, La loi, expression de la volonté générale, Sirey 1931, Economica Novembre 1984, Préface de **Georges BURDEAU**, p. 32)

En d'autres termes, « **Les règlements sont des actes de magistrature, et les lois des actes de souveraineté.** »

(**discours préliminaire du premier projet de Code Civil « présenté le 1er pluviôse an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement »**)

Si, aucune injonction ne peut être adressée au Parlement, organe souverain de la Nation – dont, toutefois, l'abstention fautive est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat - il n'en va pas de même de l'Exécutif qui, comme son nom l'indique à pour mission d'exécuter tout ce qui est commandé par le droit, national ou supra-national.

C'est précisément cette fonction essentielle de la loi qui a été solennellement mise en exergue dans le **discours préliminaire du premier projet de Code Civil « présenté le 1er pluviôse an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement »**:

« *Il nous a paru utile de commencer nos travaux par un livre préliminaire, **Du droit et des lois en général.***

Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers.

Le droit est moralement obligatoire; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte; il dirige, les lois commandent; il sert de boussole, et les lois de compas.

Les divers peuples entre eux ne vivent que sous l'empire du droit ; les membres de chaque cité sont régis, comme hommes, par le droit, et comme citoyens, par des lois.

Le droit naturel et le droit des gens ne diffèrent point dans leur substance, mais seulement dans leur application. La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel ; et elle est appelée droit des gens, dans les relations de peuple à peuple.

Si l'on parle d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer les principes éternels de justice que les peuples n'ont point faits, et auxquels les divers corps de nations sont soumis comme les moindres individus, d'avec les capitulations, les traités et les coutumes, qui sont l'ouvrage des peuples.

En jetant les yeux sur les définitions que la plupart des jurisconsultes ont données de la loi, nous nous sommes aperçus combien ces définitions sont défectueuses. Elles ne nous mettent point à portée d'apprécier la différence qui existe entre un principe de morale et une loi d'État.

Dans chaque cité, la loi est une déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun. Toutes les lois se rapportent aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité des personnes. Il importe, même en traitant uniquement des matières civiles, de donner une notion générale des diverses espèces de lois qui régissent un peuple ;

car toutes les lois, de quelque ordre qu'elles soient, ont entre elles des rapports nécessaires. Il n'est point de question privée dans laquelle il n'entre quelque vue d'administration publique ; comme il n'est aucun objet public qui ne touche plus ou moins aux principes de cette justice distributive qui règle les intérêts privés.

Pour connaître les divers ordres de lois, il suffit d'observer les diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivant dans la même société.

Les rapports de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et de chaque citoyen avec tous, sont la matière des **lois constitutionnelles et politiques**.

Les lois civiles disposent sur les rapports naturels ou conventionnels, forcés ou volontaires, de rigueur ou de simple convenance, qui lient tout individu à un autre individu ou à plusieurs.

Le code civil est sous la tutelle des lois politiques ; il doit leur être assorti. Ce serait un grand mal qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes.

Les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres. Elles ne règlent pas, à proprement parler, les rapports des hommes entre eux, mais ceux de chaque homme avec les lois qui veillent pour tous.

Les affaires militaires, le commerce, le fisc, et plusieurs autres objets, supposent des rapports particuliers qui n'appartiennent exclusivement à aucune des divisions précédentes.

Les lois, proprement dites, diffèrent des simples règlements. **C'est aux lois à poser, dans chaque matière, les règles fondamentales, et à déterminer les formes essentielles.** Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements. **Les règlements sont des actes de magistrature, et les lois des actes de souveraineté.** Les lois ne pouvant obliger sans être connues, nous nous sommes occupés de la forme de leur promulgation. Elles ne peuvent être notifiées à chaque individu. On est forcé de se contenter d'une publicité relative, qui, si elle ne peut produire à temps, dans chaque citoyen, la connaissance de la loi à laquelle il doit se conformer, suffit au moins pour prévenir tout arbitraire sur le moment où la loi doit être exécutée.

Nous avons déterminé les divers **effets** de la loi. **Elle permet ou elle défend; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense.** Elle oblige indistinctement tous ceux qui vivent sous son empire ; les étrangers même, pendant leur résidence, sont les sujets casuels des lois de l'État. Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté.

Ce qui n'est pas contraire aux lois, est licite. Mais ce qui leur est conforme, n'est pas toujours honnête ; car les lois s'occupent plus du bien politique de la société que de la perfection morale de l'homme.

En général, les lois n'ont point d'effet rétroactif. Le principe est incontestable. Nous avons pourtant limité ce principe aux lois nouvelles, nous ne l'avons point étendu à celles qui ne font que rappeler ou expliquer les anciennes lois. Les erreurs ou les abus intermédiaires ne font point droit, à moins que, dans l'intervalle d'une loi à l'autre, elles n'aient été consacrées par des transactions, par des jugements en dernier ressort, ou par des décisions arbitrales passées en force de chose jugée.

Les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois, ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même.

Le pouvoir judiciaire, établi pour appliquer les lois, a besoin d'être dirigé, dans cette application, par certaines règles. Nous les avons tracées : elles sont telles, que la raison particulière d'aucun homme ne puisse jamais prévaloir sur la loi, raison publique.

Après avoir rédigé le livre préliminaire Du droit et des lois en général, nous avons passé aux objets que les lois civiles sont chargées de définir et de régler. (...) »

Ainsi, depuis plus de deux siècles, la conception dominante en France est que la loi, « **acte de souveraineté** », mais aussi « **acte de sagesse, de justice et de raison** », a pour objet notamment d' « **établir** » et de « **corriger** ».

C'est précisément ce qu'ont fait les deux **lois françaises** n°2001-70 et 2001-434 des 29 Janvier et 21 Mai 2001, expression d'une **normativité à l'état pur**, en tant que détachée provisoirement de la sanction du droit pénal et illustration moderne du **jugement synthétique a priori kantien** :

- la première – au demeurant **visée**, à l'instar des autres normes nationales et internationales applicables au litige, par **toutes les décisions des juridictions administratives** antérieurement prononcées au sujet de la problématique du **Génocide Arménien** (*pièces n°49, 73, 75, 78 bis, 80 et 119 du recours pour excès de pouvoir enregistré au Conseil d'Etat le 30 Juin 2011 sous le n°350492*), preuve s'il en était besoin de **son évidente et parfaite normativité** - réitérant **l'engagement solennel** de la France, conjointement avec l'Angleterre et la Russie, du 24 Mai 1915, loin de « *faire l'Histoire* », a **pris acte de la réalité incontestable** des massacres des populations Arméniennes sur le territoire Ottoman, les a **qualifiés juridiquement de génocide** et a rendu **opposables** ces faits authentifiés de l'Histoire et leur qualification de **génocide** à l'ensemble des personnes relevant de la juridiction de la France, limitant, ainsi, nécessairement, conformément à l'article **11 DDH**, dans un **but légitime**, par des **moyens appropriés et de façon proportionnée**, la liberté d'expression qui n'est jamais absolue, mais simplement **relative** (v. **Maître Philippe KRIKORIAN**, « *Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité* », Recueil Dalloz n°29/7258, 03 Août 2006, p. 1980 – *pièce n°IV-22*);

- la seconde, a **corrigé** la faute multiséculaire de **l'Empire colonial français** en reconnaissant la **traite et l'esclavage** comme un **crime contre l'humanité**.)

Or, pour emblématique qu'elle soit, la transposition de la norme européenne n'est qu'un cas particulier illustrant la **nécessité pour l'Etat de légiférer** lorsque les **circonstances de fait ou de droit l'exigent**, qui s'exprime selon la formule suivante : « **Le Droit commande l'édition de telle norme générale ou particulière** » et qu'illustre l'adage « **Nécessité fait loi** ».

**2./ L'OBLIGATION D'EDICTER LES REGLEMENTS NECESSAIRES
A L'APPLICATION D'UN TEXTE : L'EXECUTION DE LA VOLONTE EXPLICITE
DU CONSTITUANT (ARTICLE 21 DE LA CONSTITUTION)**

Aux termes de l'article 21, alinéa 1er de la Constitution, « *Le Premier ministre (...) assure l'exécution des lois (et) exerce le pouvoir réglementaire (...)* »

L'**obligation** du pouvoir exécutif de prendre le décret réglementaire est exprimée aujourd'hui, en jurisprudence, par la formule suivante :

« (...) *l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle; (CE, 28 Juillet 2000, Association France Nature Environnement, n°204024)*.

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

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

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

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

« *Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* ».

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

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

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

.../...

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

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

Il est, en outre, utile de rappeler que ce n'est qu'en **1962** que le **Conseil d'Etat** annule, pour la première fois, un **refus d'édicter des règlements nécessaires** à l'application d'une ordonnance législative (**CE 13 Juillet 1962, Kevers-Pascalis**, p. 475, D 1963, p. 606, note J.M. Auby, cité par **René CHAPUS**, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien 2001, p. 686, n°883). La Haute juridiction y consacre le caractère **juridique** – et non pas simplement politique – de l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire :

« (...) les autorités chargées de l'exécution de l'ordonnance du 15 juin 1945 ne peuvent légalement s'abstenir de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'application de cette ordonnance en ce qui concerne certaines catégories d'agents bénéficiaires de ce texte; (...) »

Considéré, à l'origine comme échappant à tout contrôle juridictionnel (comme le serait un **acte de gouvernement**), le **règlement d'exécution de la loi** (ou son absence) a, définitivement, aujourd'hui, intégré le cercle de la **justiciabilité**, comme l'impose le **principe de prééminence du Droit**.

L'exécution de la loi par le règlement n'épuise pas, pour autant, à elle seule, l'exigence d'assurer à toute personne placée sous la juridiction de la France, à tout moment et en tout lieu couvert par la souveraineté nationale, une **protection juridictionnelle effective** de ses **droits fondamentaux**.

3./ L'OBLIGATION D'EDICTER LES REGLEMENTS IMPOSES PAR UNE SITUATION DE FAIT OU DE DROIT (NECESSITE FAIT LOI) : LA NECESSITE OU VOLONTE IMPLICITE DU CONSTITUANT, SOURCE NATURELLE DU DROIT

La Doctrine rappelle, à ce titre, que cette obligation « *existe à la charge de l'autorité compétente à condition que la situation, de fait ou de droit, considérée rende indispensable l'édition d'une réglementation.* »

1°) *Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de consacrer cette obligation à propos de l'exercice du pouvoir de police administrative.*

V. CE Sect. 14 décembre 1959, Doublet, p. 540, D 1960, p. 191, note D.G. Lavroff, RDP 1959, p. 1235, concl. A. Bernard et 1960, p. 802, note M. Waline.

Les précisions par lesquelles il a déterminé, très strictement, les conditions de l'obligation sont sans doute propres à l'hypothèse où l'exercice du pouvoir de police est en cause (v. n°940).

2°) *Parmi les autres illustrations (plutôt rares), de cette obligation, on peut citer celle-ci, intéressant une affaire où la transformation d'un service administratif en établissement public 'imposait à l'administration de prendre, dans un délai raisonnable', les mesures nécessaires pour placer les personnels dans la situation statutaire à laquelle la loi leur donnait droit.*

CE, 6 novembre 1991, Synd. des services ext. de l'agriculture Sygma-Cfdt, p. 378, RFDA 1992, p. 153 : le délai raisonnable étant expiré, annulation du refus (implicite) de prendre ces mesures.

(**Professeur René CHAPUS**, *ibid.* § 885, pp. 688-689).

Cependant, l'obligation de la Puissance publique d'adopter une **norme générale** ou **particulière** (« **Le Droit commande l'édition de telle norme générale ou particulière** ») n'est pas limitée aux hypothèses susvisées.

Ainsi, l'obligation faite à l'Administration d'édicter une **norme réglementaire** de sa compétence existe lorsque toute abstention, à cet égard, serait de nature à créer une **situation de péril grave** compromettant l'**ordre public général** (exercice du pouvoir de police administrative) ou l'**ordre public de protection individuelle** (exercice des droits fondamentaux) qui désigne « *Celui qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache (protection du corps humain, reconnaissance à tout être humain de la personnalité juridique, etc.)* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 9^e édition Quadrige Août 2011, v° ORDRE PUBLIC, p. 714).

On sait, à ce propos, que l'annulation de dispositions réglementaires nationales incompatibles avec les normes communautaires « *ne saurait avoir pour effet de maintenir dans l'ordre juridique français une discrimination contraire aux exigences du droit communautaire;* » justifiant que les autorités compétentes prennent les **mesures réglementaires et individuelles** propres à assurer le respect des exigences du droit communautaire (**CE, Ass., 29 Juin 2001, M. VASSILIKIOTIS**, n°213229).

.../...

Or, l'obligation d'édicter le règlement existe, que la situation qui l'exige relève ou non du champ d'application du droit de l'Union européenne.

Tel est bien le cas, en l'espèce.

En effet, la **nécessité** – caractère de ce qui est **nécessaire** – savoir ce « *Qui ne peut pas ne pas être ou être autrement qu'il est* » (Louis-Marie MORFAUX, Jean LEFRANC, Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines, v° Nécessaire, p. 364),- que le **Stagirite** apprécie sous l'angle de la faculté de **délibération** (« *Or nul ne délibère des choses qui ne peuvent être autrement* » ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, VI – 1139 a 2-14 et « *On délibère sur ce qui dépend de nous* » (ibid., III 1112 a 25-b 5) - prend toute sa signification dans le développement des **douze catégories kantienne de l'entendement ou concepts fondamentaux a priori de la connaissance** (Emmanuel KANT, Critique de la raison pure, Analytique transcendantale, 1, I, ch. I, 3° section, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade 1980, pp. 834-835) :

QUANTITE	QUALITE	RELATION	MODALITE
Unité	Réalité	Substance et accident	Possibilité
Pluralité.....	Négation	Cause et effet	Existence
Totalité	Limitation	Réciprocité	Nécessité

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

« (...) *C'est pourquoi aussi la table des catégories, ordonnée d'après la table des jugements, est à la fois une logique des sciences et une histoire des sciences. Les trois premières catégories – l'unité, la pluralité, la totalité – sont les catégories qui correspondent aux principes de la phoronomie, qui est la science cartésienne. Ce sont les catégories de la quantité. Viennent en second lieu les catégories de la qualité – qui sont la réalité, la négation et la limitation – et qui correspondent aux principes de la dynamique, c'est-à-dire à la science leibnizienne. Viennent ensuite les catégories de la relation – la substance, la cause et la communauté d'action réciproque – qui fondent les principes de la mécanique, c'est-à-dire de la science newtonienne. Ces catégories, ou formes de la pensée (comme l'espace et le temps sont les formes de l'intuition) constituent un ordre qui les lie en une totalité close. En effet, comme l'observe Kant – et c'est une des principales corrections apportées à la logique générale qui ne connaît que la dichotomie, alors que le réel nous enseigne une triplicité, par exemple une force = + A que nous nommerons réalité, une force = - A que nous nommerons négation, et leur équilibre que nous nommerons limitation – 'la troisième catégorie dans chaque classe résulte toujours de l'union de la deuxième avec la première' (Kritik der reinen Vernunft (B), p. 111 (T.P., p. 97)). C'est ainsi que la totalité est la synthèse de l'unité et de la pluralité, la limitation celle de la réalité et de la négation, la communauté d'action réciproque celle de la substance et de la cause. Mais les classes doivent alors se synthétiser aussi comme les catégories de la relation par exemple, si bien*

.../...

que la physique newtonienne apparaît comme la synthèse de la phronomie cartésienne et de la dynamique leibnizienne.

Or une science est nécessaire pour déterminer la valeur des connaissances qui correspondent à ces catégories et à ces sciences : c'est la philosophie transcendantale.

Et cette science doit avoir ses catégories; celles-ci concernent non pas donc des jugements, mais des jugements sur des jugements et ce sont les catégories de la possibilité, de l'existence et de la nécessité, qui sont les catégories définissant la réflexion sur les sciences : la possibilité coïncide avec la phronomie; ce que la mathématique expose, en effet, c'est le monde possible – la limitation correspond à la dynamique, qui nous fait apercevoir le jeu des forces, c'est le moment de l'existence – enfin la mécanique qui expose le système physique du monde correspond à la nécessité. Enfin tout de même que les catégories se synthétisent à l'intérieur de chaque titre et les classes entre elles (la quantité avec la qualité fonde la relation) les catégories de la réflexion transcendantale qui résument toutes les autres se synthétisent entre elles, la possibilité s'unissant à l'existence pour fonder la nécessité, de telle sorte que la catégorie de la nécessité est la catégorie suprême de la philosophie transcendantale. (...) » (ibid., pp. 113-115)

On sait, de même, que « *Le schème de la nécessité est l'existence d'un objet en tout temps.* » (Emmanuel KANT, Critique de la raison pure, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, p. 889).

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

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

II-A-3-b/ LA THEORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT NE PEUT PAS CONSTITUTIONNELLEMENT CONTRARIER LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX DUE PAR L'ETAT AUX JUSTICIABLES

C'est, ici, poser la question de la justiciabilité des décrets de présentation (ou, comme en l'espèce, leur absence) au Parlement des projets de loi qui procurent des droits aux particuliers, ce que, sur un autre plan, **Ernest RENAN** appelait « *La lutte du vrai contre lui-même* » (en l'occurrence, convaincre le Conseil d'Etat d'abandonner définitivement la théorie des actes de gouvernement).

La **justiciabilité** du refus de prendre les décrets demandés au Premier ministre s'impose, en l'occurrence, comme une **nécessité impérieuse** tenant à l'**Etat de droit**.

La **théorie dite des actes de gouvernement** – dénomination doctrinale de la « *Raison d'Etat* » ou « *raison mystérieuse inventée par les politiques pour autoriser tout ce qu'ils font sans raison* » (**Saint-Evremont** cité par **Monique COTTRET**, Maître de conférences à l'Université de Paris X- Nanterre, in Dictionnaire de l'Ancien Régime, PUF 3^e édition Quadrige Septembre 2010, v^o Raison d'Etat, pp. 1047-1048) - apparaît, dans ces conditions, comme:

- Une théorie reposant sur des **fondements juridiques hasardeux** (**1**);
- Une théorie **critiquée et critiquable** au regard du **droit à un recours effectif et du droit des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi, tous deux de valeur constitutionnelle** (**2**);
- Une théorie **injustifiable** face au **JUS COGENS** (**3**);
- Une théorie **inapplicable aux litiges relevant du droit de l'Union européenne** (**4**).
- Une **théorie abandonnée par l'Espagne**, Etat membre de l'Union européenne (**5**).

1/ UNE THEORIE AUX FONDEMENTS JURIDIQUES HASARDEUX

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« (...) III. APPRECIATION DE LA COUR

A. Article 1 de la Convention

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

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

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

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

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

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

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

la **Cour de Luxembourg** ayant rappelé, à cette occasion:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ou encore:

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

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

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

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

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

Le **droit à un recours juridictionnel effectif** est également consacré par l'**ordre juridique communautaire** dont les requérants sont en droit de revendiquer la protection dès lors que la **profession d'Avocat** y est expressément reconnue.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De plus, comme démontré dans les précédentes procédures relatives à la problématique du Génocide Arménien et des autres crimes contre l'humanité, la responsabilité engagée par l'Etat français du fait de **l'abstention dans le vote d'une loi** consacrant le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** et instaurant une **garantie des droits effective** est une **responsabilité pour faute** qui, comme l'indique le **Professeur René CHAPUS n'est pas subordonnée aux conditions restrictives** qui limitent l'engagement de la responsabilité sur le fondement du **principe d'égalité devant les charges publiques**.

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

En d'autres termes, les conditions de la mise en oeuvre de la **responsabilité de l'Etat** en raison de son manquement à **l'obligation de légiférer** sont toutes réunies, en l'espèce.

3/ UNE THEORIE TOTALEMENT INJUSTIFIABLE FACE AU JUS COGENS

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

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

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

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

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

4/ UNE THEORIE INAPPLICABLE AUX LITIGES RELEVANT DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Cependant, **l'abandon total** par la Haute juridiction administrative de la théorie des actes de gouvernement, **s'il n'est pas exclu** – des lors qu'il est **commandé par le Droit** – **n'est pas actuel**, même s'il se trouve en germe dans sa jurisprudence relative à **l'application du droit de l'Union européenne** (v. infra § II-A-3).

5/ UNE THEORIE ABANDONNEE PAR L'ESPAGNE, ETAT MEMBRE DE L'UNION EUROPEENNE

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

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

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

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

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

« (...) 17. *Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution: 'La République participe à l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007'; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle;*

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

.../...

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

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

(CC, décision n°2010-605 DC du 12 Mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne).

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

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

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

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

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

*

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

En effet, contrairement à ce qu'a soutenu le Ministre des affaires étrangères dans son mémoire en défense enregistré le 27 Octobre 2011, (**Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et a. c/ Monsieur le Premier ministre**, n°), la conception qui prévalait au dix-neuvième siècle concernant l'acte de gouvernement, ne peut plus avoir cours aujourd'hui.

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

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

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

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

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

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

.../...

Comment, en effet, dans l'hypothèse actuelle d'une **nécessité**, en vertu des règles constitutionnelles internes, de transposition par la loi, serait assuré le **renvoi préjudiciel** en validité de l'acte communautaire à transposer si le Conseil d'Etat n'était pas compétent pour l'ordonner dès lors que le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas être en mesure de le décider dans le cadre de la saisine a priori (article **61** de la Constitution), renvoyant cette question, précisément, aux « *juridictions administratives et judiciaires* » et rendant ce moyen **inopérant** dans le cadre de la saisine a posteriori (article **61-1** de la Constitution), considérant « *que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des 'droits et libertés que la Constitution garantit' et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (...)* » (**CC, décision n°2010-605 DC du 12 Mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne**, consid. 19)?

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

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

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

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

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

II-A-3-c/ LA COMPETENCE NATURELLE DU CONSEIL D'ETAT POUR CONTROLER LA LEGALITE DES ACTES DE L'EXECUTIF

Elle est la conséquence du **principe de légalité**, d'une part (1).

Elle s'avère nécessaire en raison du **désistement du Conseil constitutionnel**, de deuxième part (2).

Elle illustre, appliqué au Droit, l'**idéalisme transcendantal kantien** (3).

1/ LE RESPECT DU PRINCIPE DE LEGALITE ET SES CONSEQUENCES POUR L'ADMINISTRATION

Comme le rappelle le **Professeur René CHAPUS** (Droit Administratif Général, tome 1, 15^e édition 2001, Domat Droit public, Montchrestien, n°50, p. 33):

*« 50. La soumission de l'administration aux normes constitutionnelles. - Le fait que ces normes, qui sont au sommet de notre ordre juridique, s'imposent de la façon la plus immédiate au législateur ne doit pas masquer qu'elles régissent aussi l'organisation et le fonctionnement de l'administration. Les autorités administratives doivent les respecter et il n'y a ni obstacle de principe ni anomalie à ce qu'un acte administratif soit censuré (et notamment **annulé** par le juge administratif) pour cause de **non-conformité à une disposition de la Constitution** ou à un **principe consacré par le Conseil constitutionnel**.*

*A cet égard, il est peut-être bon de prévenir une confusion: le juge administratif (de même d'ailleurs que le juge judiciaire) ne peut pas contrôler la conformité d'une loi à la Constitution. Il est juge, non des lois, mais des actes administratifs. Mais **il peut censurer un acte administratif pris en méconnaissance d'une règle constitutionnelle**.*

*51. L'hypothèse de l'écran législatif. - il peut toutefois arriver qu'un acte administratif contraire à une telle règle soit insusceptible de censure de la part du juge administratif. C'est le cas lorsque cet acte a été pris conformément à une loi, dont il tient le vice d'inconstitutionnalité qui l'entache. La loi, **tout inconstitutionnelle qu'elle soit**, fait alors **écran** entre le juge et la règle constitutionnelle.*

(...)

*Bien entendu, l'écran n'est plus qu'**apparent** (en fait, **il disparaît**) si la loi a simplement investi le gouvernement de la mission de **prendre certaines mesures**, sans déterminer les **principes** à mettre en oeuvre. Dans une telle hypothèse, **l'existence de la loi ne déliera pas le gouvernement du respect dû à la Constitution**.*

V. *CE 17 mai 1991, **Quintin**, RDP 1991, p. 1429, concl. R. Abraham (et rapprr., notamment, CE 19 novembre 1986, **Soc. Smanor**, cité n°190-1°).*

(...) »

Il échet de rappeler, en outre, que la théorie de la **loi écran** ne saurait empêcher le juge administratif de censurer un acte réglementaire violant un **principe de valeur constitutionnelle** comme le **principe d'égalité** (**CE 10 Octobre 1997, Fédération Nationale des Experts-Comptables**, DA 1998, N° 67, p. 23, obs. D.P.).

Le **Conseil Constitutionnel** adopte le même principe en jugeant:

« (...) 10. *Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel: 'Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse';* »

(**CC**, Décision n°2003-473 DC du 26 Juin 2003 – Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit).

On sait, de même, que depuis l'arrêt *Nicolo* (**CE Ass. 20 Octobre 1989, Nicolo**, Rec. p. 190, concl. P. Frydman), les **traités internationaux** l'emportent désormais sur les lois nationales antérieures ou même **postérieures**, avec lesquelles ils sont **incompatibles** (**v. Etude** adoptée par l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat le 29 Juin 2000 « *La norme internationale en droit français* », La Documentation française, p. 44 et s.).

De plus, la mise en oeuvre de l'engagement international par l'**Administration** comporte une **obligation de ne pas faire**, dès lors que « *les autorités nationales ne peuvent légalement prendre des mesures d'application d'une loi qui serait elle-même incompatible avec un traité* » (**CE Sect. 20 Mars 1992, Seguela**, Rec. p. 125, *ibid.* p. 51).

L'application par le **Juge** de l'engagement international le conduit, ainsi, logiquement à **écarter l'application** d'une **loi incompatible** avec celui-ci.

La **Doctrine** n'exprime pas une idée différente (**Professeur René CHAPUS** in *Droit administratif général*, Tome 1, 15 éd. 2001 Domat Droit public, Montchrestien, n°175, p. 137):

« *le fait que le règlement aurait été pris en application d'une disposition législative, qui lui aurait communiqué son incompatibilité, n'est pas, en l'état actuel du droit, un obstacle à l'appréciation de la légalité et (le cas échéant) à l'annulation du règlement ou de ses décisions d'application* (**CE Ass. 28 Février 1992, SA Rothmans International France**, Rec. p. 80, concl. M. Laroque: **illégalité** pour cause d'**incompatibilité** avec les objectifs d'une **directive** de la réglementation relative au prix de vente des tabacs et, en conséquence, **annulation** des décisions prises sur le fondement de cette réglementation:

.../...

« (...) que **les dispositions** précitées de l'article 6 de la loi du 24 mai 1976 confèrent au gouvernement un **pouvoir spécifique** de fixation du prix des tabacs importés de pays membres de la communauté européenne, indépendamment de l'application de la législation nationale sur le contrôle du niveau des prix; qu'elles permettent ainsi au gouvernement de fixer le prix de vente des tabacs importés dans des **conditions non prévues** par l'article 5-1 de la **directive** du 19 décembre 1972 et **sont incompatibles avec les objectifs définis par cette directive**; qu'il suit de là que l'article 10 précité du décret du 31 décembre 1976, pris sur le fondement de l'article 6 de la loi du 24 mai 1976, **dont il y a lieu d'écarter l'application**, est lui-même **dépourvu de base légale**; qu'il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de Paris, **les décisions ministérielles** prises en application du décret du 31 décembre 1976 et refusant, pour la période du 1er novembre 1982 au 31 décembre 1983, de fixer le prix des tabacs manufacturés aux niveaux demandés par les sociétés requérantes sont **illégales**; que cette illégalité est de nature à engager la **responsabilité de l'Etat**; »).

Le **Conseil d'Etat** a, de même, récemment, fait application de cette règle, en faisant prévaloir le **traité international** (en l'occurrence le **traité de Rome**) sur la loi nationale:

« *Considérant que, par arrêt du 11 mars 2004, la **Cour de justice des Communautés européennes**, statuant sur la **question préjudicielle** qui lui avait été soumise par la décision susvisée du **Conseil d'Etat**, statuant au contentieux, du 14 décembre 2001, a dit pour droit que 'le **principe de la liberté d'établissement** posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) doit être interprété en ce sens qu'il **s'oppose** à ce qu'un Etat membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées, tel que celui prévu à l'article 167 bis du code général des impôts français, en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet Etat* »;

*Considérant qu'il suit de là que M. X est **fondé** à soutenir que les dispositions de l'article 167 bis du code général des impôts, issues de l'article 24 de la loi de finances pour 1999 du 30 décembre 1998, sont **inapplicables** à ceux des contribuables qu'elles visent, qui exerçant la **liberté d'établissement**, transfèrent dans un autre Etat membre de la Communauté européenne leur domicile fiscal, et est donc fondé, par ce moyen, à demander l'**annulation pour excès de pouvoir** des dispositions du décret n°99-590 du 6 juillet 1999 en tant qu'elles ont trait à l'**application** à ces contribuables des dispositions dudit article 167 bis du code général des impôts;(...) »*

(**CE**, 9° et 10° ss-sect., 10 Novembre 2004, n°211341, **M. de Lasteyrie du Saillant**, JCP 2005 éd. G, n°4 du 26 Janvier 2005, IV, 1201, p. 180).

La Haute juridiction a, encore, plus récemment, reconnu la **primauté au traité communautaire**, ce qui l'a conduite à **écarter l'application de la loi nationale**:

« (...)
*Considérant que, par arrêt rendu le 5 octobre 2004, la **Cour de justice des Communautés européennes** a dit pour droit que l'**article 43 du traité** instituant la Communauté européenne **s'oppose à la réglementation d'un Etat membre** qui interdit à un établissement de crédit, filiale d'une société d'un autre Etat membre, de rémunérer les comptes de dépôts à vue libellés en euros, ouverts par les résidents du premier Etat membre;*

.../...

*Considérant que, pour engager une **procédure disciplinaire** à l'encontre de la SOCIETE CAIXA BANK FRANCE, pour lui interdire, par la décision attaquée, de conclure avec des résidents de nouvelles conventions de comptes à vue libellés en euros prévoyant la rémunération des sommes déposées sur ces comptes et pour lui enjoindre de dénoncer les clauses de rémunération déjà incluses dans ces conventions, la commission bancaire s'est fondée sur le fait que la société requérante avait méconnu l'article 2 du règlement n°86-13 du 14 mars 1986 du comité de la réglementation bancaire et financière, pris en application de l'article **L. 312-3** du **code monétaire et financier**, et aux termes duquel '**la rémunération des comptes à vue est interdite**'; **qu'en faisant application de ces dispositions, qui édictent une interdiction incompatible avec l'article 43 du traité CE**, la commission bancaire a commis une **erreur de droit**; que par suite, la SOCIETE CAIXA BANK FRANCE est **fondée à demander l'annulation de la décision attaquée**;*

(...) »

(CE, 23 Février 2005, Société Caixa Bank France, n°247209)

En d'autres termes, « **L'ensemble des actes administratifs ainsi que ceux des juridictions administratives et judiciaires doivent respecter la constitutionnalité dont le contenu est identique quels que soient les actes contrôlés.** » (**L. FAVOREU** et alii, Droit constitutionnel, Dalloz 2004, n°481, cité par **S. GUINCHARD** et alii in Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès, 3^e édition Dalloz 2005, p. 250).

De plus, l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire autonome implique **l'obligation d'édicter les règlements imposés par une situation de fait ou de droit**, comme en l'espèce.

**2/ LA COMPETENCE NATURELLE MAIS NEGLIGEE DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL EN VUE DE LA PROTECTION DES DROITS
FONDAMENTAUX: L'ARTICLE 16 DE LA DECLARATION DES DROITS DE
L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789**

On rappelle qu'aux termes de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789** (ci-après « DDH ») qui a **pleine valeur constitutionnelle**:

« 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 DDH commande, dès lors, qu'un **contrôle juridictionnel effectif** soit exercé sur l'abstention du Pouvoir exécutif concernant le dépôt des projets de lois demandés par les requérants.

Seul, en l'état du droit positif, le **Conseil Constitutionnel** est apte – malgré l'appréciation contraire de son Secrétaire général (*pièce n°121*) - à exercer ce contrôle juridictionnel, dans sa fonction de **protection des droits fondamentaux** (v. site officiel du Conseil Constitutionnel, rubrique « *Pour en savoir plus sur la façon dont le Conseil constitutionnel assure ses missions* » et également **Professeur Guillaume DRAGO**, Contentieux constitutionnel français, Thémis droit, PUF, 2^o édition refondue Février 2006, § 62, p. 67 et 3^o édition Mars 2011, § 56, p. 64), conjuguée avec ses autres fonctions **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; (...) » (CC, décision du 25 Juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane Hauchemaille).

Le Conseil Constitutionnel a, depuis lors, confirmé sa jurisprudence (CC, **Décision du 24 Mars 2005** sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et par Monsieur Alain Meyet; CC, **Décision du 7 Avril 2005**, requête présentée par Messieurs Philippe de VILLIERS et Guillaume PELTIER; CC, **Décision du 7 Avril 2005**, requêtes présentées par « Génération Ecologie » et autres).

Il importe d'observer, à cet égard, que le Conseil 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'Etat y voyait un **acte de gouvernement** (**CE, Ass. 19 Octobre 1962, Brocas**), preuve de la faiblesse de cette théorie qui, face à la compétence nouvelle du Conseil Constitutionnel, n'est plus, aujourd'hui, invoquée (**CE, 1er Septembre 2000, M. LARROUTUROU et a.**, n°223890, 223949, 224054, 224066, 224502), seule **l'irrecevabilité – et non plus l'incompétence –** étant opposée aux requérants qui avaient précédemment saisi le Conseil Constitutionnel.

Il n'y aurait, partant, n'était la **compétence spéciale**, en l'espèce, du **Conseil d'Etat** compte tenu de l'application du **droit de l'Union européenne**, aucune raison valable pour le **Conseil Constitutionnel** de décliner sa compétence concernant la présente requête, qui, à l'instar de celles qu'il a examinées précédemment, doit s'analyser en un **recours pour excès de pouvoir** qui, « *Selon l'illustre arrêt Dame Lamotte de 1950, () se définit comme 'le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité'.* » (**Professeur René CHAPUS**, Droit du contentieux administratif, Domat droit public, Montchrestien, 12^e édition, 2006, § 233, p. 209).

A l'inverse, une déclaration d'incompétence du Conseil Constitutionnel, qui s'ajouterait à celle du Conseil d'Etat, consommerait une violation par l'Etat de l'article **16 DDH** en ce que tout recours juridictionnel serait refusé aux requérants qui se prévalent d'une atteinte grave à leurs **droits fondamentaux** reconnus et protégés notamment par le **bloc de constitutionnalité**.

Or, contrairement à ce que l'évolution récente de sa jurisprudence (**CE, Ass. 08 Février 2007, M. GARDEDIEU c/ Ministre de la santé et des solidarités**, n°279522, consacrant la **responsabilité de l'Etat du fait des lois** pour violation des engagements internationaux de la France) pouvait laisser attendre, **le Conseil d'Etat persiste à se déclarer incompétent** pour connaître de certains actes de la Puissance publique, comme ceux concernant les relations entre le Gouvernement et le Parlement ou ceux qui sont relatifs à la conduite des relations diplomatiques de la France, dits **actes de gouvernement**:

*« Considérant que M. et Mme KRIKORIAN demandent au Conseil d'Etat, d'une part, d'annuler les refus implicites du Premier ministre de soumettre au Parlement deux projets de loi, l'un, **incriminant et réprimant pénalement tout acte de contestation du génocide arménien**, l'autre, par lequel la France déclare **s'opposer à l'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union Européenne** tant que cet Etat n'aura pas officiellement et publiquement reconnu le génocide arménien et, d'autre part, d'enjoindre au Premier ministre, sous astreinte, de présenter ces deux projets de loi au Parlement; que, toutefois, **il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de connaître d'un tel refus et de prescrire l'élaboration d'un projet de loi**, au motif que ce refus et cette mesure se rattachent directement aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels;*

*qu'ainsi, et sans que puissent être utilement invoqués notamment les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 13 de la même convention ou de l'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, la **juridiction administrative n'est, dès lors, pas compétente pour connaître de la requête en excès de pouvoir** contre cette décision; qu'il y a lieu, par conséquent, de la rejeter, ensemble les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative; (...) »*

(**CE, 22 Février 2008, Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN**, n°285727 – pièce n°80),

et, encore, très récemment :

*1. Considérant que **M. Krikorian et autres** demandent au Conseil d'Etat d'**annuler le refus implicite du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi transposant la décision-cadre 2008/913/JAI, arrêtée le 28 novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4; que, cependant, 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;***

(**CE, 26 Novembre 2012, Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN**, n°350492 pièce n°).

Cette déclaration d'incompétence du Conseil d'Etat est d'autant plus surprenante que l'article **R. 311-1, 1°** du Code de justice administrative dispose:

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

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

et qu'aux termes de l'article **39 alinéa 1er** de la **Constitution** du 4 Octobre 1958:

*« **L'initiative des lois** appartient **concurrentement 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'Etat et délibération en Conseil des Ministres (v. **Professeurs Thierry S. RENOUX et Michel de VILLIERS** in Code Constitutionnel, Litec, Edition 2005, pp. 442-445).

De plus, aux termes de l'article **L. 911-1** du Code de justice administrative:

*« 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. »*

On sait, à ce propos, que le Conseil d'Etat fait application de ces textes dans des cas où **l'Etat 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 (**CE, 26 Juin 1996, Assoc. lyonnaise de protection des locataires**: Dr. Adm. 1996, n°444; **CE, 13 Janvier 1997**, req. N°147650, **Viscontini**: AJDA 1997, p. 484; **CE Ass., 28 Mars 1997**, req. N°180943, **Union nationale des associations familiales**; **CE, 21 Février 1997**, req. N°172634, **Calbo**).

Il n'y a, dès lors, aucune difficulté à admettre la **compétence directe** du Conseil d'Etat pour statuer sur une requête tendant à l'annulation de la **décision implicite** par laquelle le Premier ministre **refuse de prendre le décret de présentation d'un projet de loi au Parlement**, car dans cette hypothèse, c'est contre le **décret** que le recours est « *en réalité* » dirigé (**CE Ass. 20 Décembre 1995, Mme Vedel et Jannot**, p. 440, AJ 1996, p. 165, 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 **Professeur René CHAPUS** in Droit du contentieux administratif, Domat droit public, Montchrestien, 11° édition 2004, n°362, p. 297).

La compétence de principe du Conseil d'Etat pour juger de la **légalité des décrets** ne saurait, en effet, s'éclipser par l'effet de la **théorie des actes de gouvernement** dont le fondement s'il a jamais réellement existé, ne peut résister aux exigences du **droit à un recours effectif** garanti par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789** (ci-après « **DDH** »), l'article **13** de la **Convention européenne des droits de l'homme** (ci-après « **CEDH** ») et l'article **2 § 3 a)** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du **19 Décembre 1966** (ci-après « **PIDCP** »), spécialement quand, comme en l'occurrence, le refus du Premier ministre porte gravement atteinte aux **droits fondamentaux** des requérants.

Cependant, force est de constater que, sauf revirement prochain de jurisprudence, la juridiction suprême de l'ordre administratif n'entend pas, à court terme, assumer une compétence concernant un litige qu'elle estime relever des « *rappports entre les pouvoirs publics constitutionnels* ».

On en déduit, à peine de **déni de justice**, prohibé par l'article **16 DDH**, la **compétence nécessaire de l'ordre judiciaire** pour connaître d'un contentieux intéressant la Puissance publique, en présence d'une **voie de fait** (**TC 2 Décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just; 8 Avril 1935, Action française**), de l'**emprise** (**TC 17 Mars 1949, Société Hôtel du Vieux Beffroi**, Rec. 592), de l'**atteinte grave au droit de propriété ou à la liberté individuelle** (**TC 30 Octobre 1947, Barinstein**, Rec. 511; **Cass. Civ. 15 Janvier 1973, Société Elido World Corporation**, D. 1975.671, note R. Drago) dont les conditions sont parfaitement réunies en l'espèce (v. infra § II-A-4).

3/ L'ILLUSTRATION JURIDICTIONNELLE DE L'IDEALISME TRANSCENDANTAL KANTIEN

Défini, au sens **kantien** comme « *tout ce qui concerne les **conditions a priori de l'expérience**, ainsi que les connaissances qui, prétendument, en découlent* » (**André COMTE – SPONVILLE**, Dictionnaire philosophique, PUF 2001, v° Transcendental, p. 593), le **principe transcendantal** s'applique parfaitement, en l'occurrence, à **l'expérience juridictionnelle**.

« *J'appelle **transcendantale**, écrit Kant, toute connaissance qui, en général, s'occupe moins des objets que de nos **concepts a priori des objets**'*, ou précise la seconde édition, que *'de notre **manière de les connaître**, en tant que ce mode de connaissance doit être **possible a priori**'* (*Critique de la Raison pure, Introd., VII*) (*ibid.*).

Le puissant concept permet de rendre compte de la distinction fondamentale **transcendantal / transcendant** :

« (...) Rien à voir donc avec le **transcendant**, auquel le **transcendantal** s'opposerait plutôt. Est **transcendant**, en effet, tout ce qui est **au-delà de l'expérience**; **transcendantal**, tout ce qui est en deçà, et qui la permet. 'Le mot **transcendantal**, insiste Kant, ne signifie pas quelque chose qui s'élève au-dessus de toute expérience, mais ce qui certes la précède (**a priori**) sans être **destiné cependant à autre chose qu'à rendre possible uniquement une connaissance empirique**. Si ces concepts dépassent l'expérience, leur usage se nomme transcendant, et il est distingué de l'usage immanent, c'est-à-dire borné à l'expérience' (*Prolégomènes...*, Appendice). **Transcendant s'oppose à immanent, mais de l'extérieur** : ce qui est transcendant n'est pas immanent, ce qui est immanent n'est pas transcendant. **Transcendantal s'oppose à empirique, mais de l'intérieur**. Dans une **connaissance empirique**, dès lors qu'elle est **nécessaire et universelle**, il y a forcément du **transcendantal**, c'est-à-dire de **l'empirique**. 'Que toute connaissance commence avec l'expérience, cela n'entraîne pas qu'elle vienne toute de l'expérience' (*C. R Pure, Introd., I*). Par exemple quand je dis que $7 + 5 = 12$ ou que tout fait a une cause. En tant que ces connaissances sont **universelles et nécessaires**, elles ne sauraient dériver tout entières de l'expérience : il faut qu'elles aient une source **a priori** (l'entendement, ses catégories, ses principes). Même chose pour **l'espace et le temps** : ce sont des formes **a priori** de la sensibilité, qui rendent l'expérience possible et ne sauraient pour cela en résulter. Leur **idéalité transcendantale** (le fait qu'ils n'existent qu'à titre de conditions subjectives de l'intuition sensible) est le gage de leur **réalité empirique** (pour tout objet d'une expérience possible), mais n'en relève pas : les conditions **a priori** de l'expérience ne sauraient par définition être objets d'expérience. C'est en quoi le **transcendantal** fait comme une **transcendance paradoxale**, à l'intérieur même de l'immanence – d'où certains voudront tirer une religion de l'homme ou de l'esprit (c'est ce que Luc Ferry, reprenant une expression de Husserl, appelle **'la transcendance dans l'immanence'**). (...) » (*ibid.*).

Rapportée au Droit, l'analyse philosophique kantienne conduit au couple **Etat / Société** civile, dont procèdent les **Avocats** et dont ils sont les représentants emblématiques.

En effet, le **droit constitutionnel** à une **protection juridictionnelle effective** (art. **16 DDH**) commande, dans une **dialectique** qu'il implique nécessairement, que toute action défendable, comme en l'espèce, celle qui tend au dépôt d'un projet de loi constitutionnelle **conférant des droits aux particuliers**, puisse être portée devant le juge naturellement compétent, pour en connaître (ici, le **Conseil d'Etat**), **nonobstant une jurisprudence contraire**, pour qu'y soit développés les moyens et arguments favorables à la thèse de la compétence.

C'est ce qu'exprime la **Doctrin classique** à propos de la **discussion juridique**, exemple type de la dialectique :

« (...) *Mais, dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que, seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos.* » (**Doyen Jean CARBONNIER – Le silence et la gloire**, Dalloz 1951, chronique XXVIII).

La **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** confirme, depuis, le 1er Mars 2010, date de l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle du 23 Juillet 2008, la **nécessité** de trouver un juge devant lequel il soit possible de la poser et récuse tout raisonnement entaché de **diallèle** (pétition de principe indirecte) qui viserait à empêcher sa position.

En l'espèce, l'**abrogation** par le **Conseil constitutionnel** de l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** qui cristallise la théorie jurisprudentielle de l'**acte de gouvernement**, abrogation à laquelle tend la **QPC** posée par **mémoire distinct et motivé**, ne peut que conduire à **reconnaître la compétence du Conseil d'Etat** pour contrôler la légalité du refus de prendre le décret de présentation du projet de loi constitutionnelle, objet de la présente requête.

Alimenter la thèse inverse (impossibilité prétendue de demander au Conseil d'Etat de se reconnaître compétent en abandonnant la théorie de l'acte de gouvernement) reviendrait à opposer aux requérants l'impossibilité de démontrer le **principe de non-contradiction** que, pourtant, toute démonstration suppose implicitement, mais **nécessairement**.

**II-A-3-d/ LA COMPETENCE DU JUGE JUDICIAIRE POUR CONSTATER
ET PRENDRE LES MESURES NECESSAIRES AUX FINS DE FAIRE CESSER LA
VOIE DE FAIT IMPUTABLE A L'ETAT**

Cette compétence n'est pas, en l'espèce, sérieusement contestable eu égard à la définition qui est classiquement donnée de la **voie de fait** par la jurisprudence (1).

La compétence du juge des référés judiciaire n'est pas davantage susceptible d'être paralysée par la **théorie de l'acte de gouvernement** (2).

Ce, d'autant moins, qu'en l'espèce **les deux ordres de juridiction sont compétents** (3).

**1/ LE REFUS DE DEPOSER UN PROJET DE LOI
CONSTITUTIONNELLE PROCURANT DES DROITS AUX PARTICULIERS, EST
MANIFESTEMENT INSUSCEPTIBLE DE SE RATTACHER A UN POUVOIR DE
L'ADMINISTRATION**

En effet, cette situation est constitutive d'une **voie de fait** dont on sait que révélant l'impossibilité de rattacher l'acte à l'Administration, elle donne compétence au **juge judiciaire**, illustrant le principe tiré de l'article 66 de la Constitution du 04 Octobre 1958, selon lequel l'**autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée et des libertés fondamentales** (TC, **4 Juin 1940, Soc. Schneider et Cie**, p. 248 affirmant que « *La protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire* » de même que « *la sauvegarde de la liberté individuelle* » (TC, **18 Décembre 1947, Hilaire et Dame Cortesi**, deux arrêts, D. 1948, p. 62, note M. Fréjaville, JCP 1948, n°4087) - cités par **Professeur René CHAPUS**, Droit administratif général, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15^eédition 2001, n°1077, pp. 852-859).

Il est patent, dans cet ordre d'idées, que le **droit à une protection juridictionnelle effective** qui procède de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) est une **liberté fondamentale** dont la méconnaissance par l'Etat justifie la **compétence judiciaire**.

Se place, donc, dans la catégorie de la **voie de fait**, de la compétence du juge judiciaire, le refus d'accorder aux justiciables leur **droit à un recours juridictionnel effectif** garanti par l'article 16 **DDH**, dès lors qu'il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 de fixer les règles concernant « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

Le **Tribunal des Conflits** confirme dans sa jurisprudence récente « *qu'il n'y a voie de fait justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ;* » (TC, 19 Novembre 2007, conflit positif Préfet du Val-de-Marne c/ Cour d'appel de Paris, Maire de Limeil-Brévannes c/ Préfet du Val-de-Marne, n°3653).

Il est remarquable, à cet égard, de relever que dans l'espèce précitée la **Cour d'Appel de Paris** avait **rejeté le déclinatoire de compétence** et avait **constaté l'existence d'une voie de fait** commise par le Préfet de Val-de-Marne, en ce que celui-ci avait **refusé d'exécuter** l'arrêté de réquisition du maire de Limeil-Brévannes en date du 08 Septembre 2006, visant un immeuble du domaine privé de l'Etat, en vue d'y reloger des personnes expulsées de locaux qu'elles occupaient sans droit ni titre.

Et, si le **Tribunal des Conflits** a confirmé l'arrêté de conflit du 26 Mars 2007, en désignant la **juridiction administrative** pour connaître du litige, c'est en considérant que l'autorité préfectorale qui avait « *sollicité, puis obtenu, du juge des référés administratif la suspension de l'arrêté en application de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales* », avait « *agi dans l'exercice des pouvoirs de police qui lui sont conférés par les dispositions de l'article L. 2215-1 du même code.* »

A contrario, si l'action du Préfet ne pouvait manifestement pas se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative, la **voie de fait** aurait été retenue par le Tribunal des Conflits.

Il y a lieu de noter, au demeurant, que la décision en cause constitutive de voie de fait peut être **positive** ou **négative**.

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

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

En effet, comme analysé ci-dessus (§ II-A-2) cette théorie n'a plus sa place dans une Société démocratique et un Etat de droit comme l'est et doit le demeurer la France.

De plus, **la voie de fait est exclusive de l'acte de gouvernement (2-1)**.

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

2-1/ LA VOIE DE FAIT EST EXCLUSIVE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

Comme l'énonce clairement et justement la Doctrine classique :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cette juste appréciation de la **neutralité** que le juge judiciaire doit adopter face à la théorie de l'acte de gouvernement est confirmée par les textes en vigueur :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3/ LA COMPETENCE CONCURRENTE DU JUGE JUDICIAIRE ET DU JUGE ADMINISTRATIF POUR CONSTATER LA VOIE DE FAIT RESULTANT D'UNE DECISION

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

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

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

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

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

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

En l'espèce, la **voie de fait** est parfaitement caractérisée en considérant que la consécration du **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** est commandée par la décision du **Conseil constitutionnel** des 19-20 Janvier 1981 (**Loi sécurité et liberté**) qui, en vertu de l'article **62, alinéa 3** de la Constitution, **s'impose « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. »**

C'est dire qu'aucun texte national ou supranational ne peut être invoqué par les autorités constitutionnelles françaises pour tenter de justifier l'abstention dans la réforme constitutionnelle demandée par les requérants.

Le refus de déposer un projet de loi constitutionnelle ne peut manifestement pas être rattaché à un pouvoir constitutionnel ou légal du Président de la République ou du Premier ministre.

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

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

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

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

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

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

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

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

En effet, il y a lieu de rappeler, à titre préliminaire, que l'article 34 du décret du 26 Octobre 1849 tend à **prévenir le conflit négatif d'attribution** qui peut surgir, comme en l'espèce, lorsque l'ordre judiciaire et l'ordre administratif refusent tous deux de connaître d'une question de droit comme celle de la **légalité du refus de déposer un projet de loi constitutionnelle**.

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

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

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

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

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

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

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

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

Il appartiendrait, dès lors, au juge judiciaire des référés, si lui-même s'estimait incompétent, aux fins de **prévenir un conflit négatif**, de saisir le **Tribunal des conflits** aux fins que celui-ci désigne la ou les juridictions compétentes pour prendre les mesures nécessaires aux fins de remédier au refus de légiférer.

II-B/ LA RECEVABILITE DE LA PRESENTE DEMANDE

Les conditions de recevabilité relatives tant aux **requérants** (**II-B-1**), qu'au **recours** (**II-B-2**) sont entièrement réunies en l'espèce.

II-B-1/ LES CONDITIONS DE RECEVABILITE RELATIVES AUX REQUERANTS

La **capacité** des **requérants** n'appelant pas d'observations particulières, seront, ici, envisagés leur **mode de comparution** devant le **Conseil d'Etat** (**II-B-1-a**), d'une part et leur **intérêt à agir**, d'autre part (**II-B-1-b**).

II-B-1-a/ LA PRESENTE REQUETE EST DISPENSEE DU MINISTERE D'AVOCAT AUX CONSEILS

Aux termes de l'article **R. 432-1** du Code de justice administrative:

« La requête et les mémoires des parties doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés par un avocat au Conseil d'Etat.

Leur signature par l'avocat vaut constitution et élection de domicile chez lui. »

Cependant, l'article **R. 432-2** du même Code dispose:

« Toutefois, les dispositions de l'article R. 432-1 ne sont pas applicables:

1° aux recours pour excès de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives;

(...)

Dans ces cas, la requête doit être signée par la partie intéressée ou son mandataire. »

S'agissant, en l'occurrence, d'un **recours pour excès de pouvoir** dirigé contre un **acte réglementaire** du **Président de la République** et du **Premier ministre** (refus de prendre un décret de présentation d'un projet de loi constitutionnelle), la requête présentée est **dispensée du ministère d'Avocat au Conseil d'Etat**.

II-B-1-b/ LE REFUS DE PRESENTATION AU PARLEMENT DU DECRET PORTANT PROJET DE LOI CONSTITUTIONNELLE PREJUDICIE TANT AUX INTERETS PARTICULIERS QU'AUX INTERETS PROFESSIONNELS DES REQUERANTS, TOUS AVOCATS, QUI ONT DONC BIEN QUALITE A AGIR

Le refus de consacrer le statut constitutionnel de l'Avocat intéresse au premier plan les requérants, en leur qualité d'Avocat, dont, en raison de cette carence, les prérogatives de défense ne sont pas reconnues à hauteur de leur valeur et utilité publique.

De même, persister à exclure du prétoire, sous prétexte d'acte de gouvernement, des refus injustifiés de légiférer rend plus difficile l'exercice professionnel des requérants en raison de la carence du droit positif.

Enfin, de façon corrélatrice, l'absence totale de maîtrise de l'irréversibilité susceptible de s'attacher à certains actes et omissions de la Puissance publique rend illusoire tout recours en ces matières et, partant, vaine l'intervention de l'Avocat.

Exerçant la profession d'Avocat, Maître Philippe KRIKORIAN et les autres requérants ont, dès lors, **intérêt et qualité à agir**, et sont par suite **recevables** à déférer au **Conseil d'Etat** le **décret n°2011-1202** du 28 Septembre 2011 (v. **CE, Assemblée, 9 Avril 1999, Mme Toubol-Fischer, M. Bismuth**, req. N°196177: AJDA 20 Octobre 1999, p. 834: « (...) *Considérant que Mme Toubol-Fischer et M. Bismuth, avocats, justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour attaquer les dispositions de l'article 5 du décret du 27 février 1998 qui concernent les contrats ayant pour objet des services juridiques; (...)* »).

Il y a lieu d'ajouter que l'**intérêt et la qualité à agir** de Maître KRIKORIAN, « *habitué du prétoire du Conseil d'Etat* », selon l'expression du **Ministère des Affaires étrangères** (observations du 21 Septembre 2011 devant la **Cour européenne des droits de l'homme - requête n°6459/07** introduite le 26 Janvier 2007 et communiquée au Gouvernement français le 30 Mai 2011), ont été reconnus, au moins implicitement, mais nécessairement, dans toutes les instances qu'il a dû, pour la défense de ses **intérêts professionnels**, porter devant la Haute juridiction administrative.

En effet, aux termes de son **arrêt** rendu le 2 Octobre 2006 et notifié le 16 Octobre 2006, sur la requête n°**282028**, enregistrée le 30 Juin 2005, et tendant à l'annulation de plusieurs articles du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 modifié organisant la profession d'Avocat, le **Conseil d'Etat** a décidé:

« Article 1er: *Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête de M. KRIKORIAN dirigées contre le refus d'abroger les articles 160 et 245 du décret du 27 novembre 1991.*

Article 2: *La décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande présentée par M. KRIKORIAN est annulée en tant que cette décision refuse l'abrogation des articles 150 et 152 du décret du 27 novembre 1991 en ce que ces articles excluent toute possibilité de publicité des débats.*

Article 3: *L'Etat versera à M. KRIKORIAN une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761 du code de justice administrative.*

.../...

Article 4: Le surplus des conclusions de la requête de M. KRIKORIAN est rejeté.

Article 5: La présente décision sera notifiée à M. Philippe KRIKORIAN, au Premier ministre et au garde des sceaux, ministre de la justice. »

**II-B-2/ LES CONDITIONS DE RECEVABILITE CONCERNANT LE
RECOURS SONT PARFAITEMENT REMPLIES (MEMOIRE)**

Les **règles de forme** ont été parfaitement respectées en l'occurrence, de même que celles relatives au **déla**i de recours contentieux.

En effet, aux termes de l'article **R. 421-1** du Code de justice administrative:

*« Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les **deux mois** à partir de la notification ou de la **publication** de la décision attaquée.*

(...) »

*

La demande des requérants est, partant, entièrement **recevable**.

Elle n'en est pas moins **totale**ment fondée.

II-C/ LE BIEN-FONDE DE LA DEMANDE : LA NECESSAIRE PRESENTATION AU PARLEMENT D'UN PROJET DE LOI CONSTITUTIONNELLE RECONNAISSANT A L'AVOCAT SON STATUT D'AVOCAT DEFENSEUR ET TENDANT A L'INSTAURATION D'UNE GARANTIE DES DROITS EFFECTIVE

La carence du droit positif textuel, et plus spécialement, son **ignorance du statut constitutionnel de l'Avocat défenseur (II-C-1)** commande, en l'espèce, **l'intervention du Président de la République et du Premier ministre**, tous deux détenteurs du pouvoir d'initiative des lois constitutionnelles (**II-C-2**).

II-C-1/ LA CARENCE DU DROIT POSITIF TEXTUEL

Elle se caractérise par :

- L'ignorance par le législateur du **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur (II-C-1-a)**;
- La théorie des **actes de gouvernement (II-C-1-b)**;
- Le défaut de maîtrise de **l'irréversibilité** des actes de la Puissance publique (**II-C-1-c**).

II-C-1-a/ L'IGNORANCE PAR LE LEGISLATEUR DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR

Le raisonnement suivi par les juridictions (v. infra décisions en date des 02 Avril 1997, 10 Avril 2006 et 29 Février 2008) pour rejeter les demandes d'annulation des actes de procédure entachés d'une violation des règles déontologiques de l'Avocat (**conflit d'intérêts** ou **principe du contradictoire**) consiste à renvoyer les parties au **régime disciplinaire de l'Avocat (II-C-1-a-i)**.

Or, ce régime est, d'une part, **radicalement incompatible avec le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur (II-C-1-a-ii)**.

Il est, d'autre part, **totalelement inefficace à redresser la violation déontologique, source de la nullité de l'acte de procédure**, en ce qu'il ne permet pas à la victime de la faute déontologique d'accéder au procès disciplinaire dont elle n'est en droit, au surplus, d'attendre **aucun avantage procédural (II-C-1-a-iii)**.

II-C-1-a-i/ DE LEGE LATA : L'IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE DE LA VIOLATION DE L'ARTICLE 5.4 DU R.I.N. PAR RENVOI AU RÉGIME DISCIPLINAIRE DES AVOCATS

- Ainsi, a été rejetée la **demande de nullité d'une assignation** signifiée sous la représentation d'un Avocat suspecté d'entretenir un **conflit d'intérêts** aux motifs que « *s'il est exact que l'article 155 du décret du 27 novembre 1991 interdit au conseil d'une partie, même exerçant dans un groupement d'avocats d'accepter une affaire si le secret d'informations données par un client risque d'être violé, si un conflit d'intérêts existe entre deux clients dans une même affaire, ou si la connaissance des affaires de l'un risque de favoriser le second, la violation de ces règles professionnelles n'est pas sanctionnée par la nullité de la représentation, laquelle ne peut être prononcée sans texte en application de l'article 114 du Nouveau Code de procédure civile, mais en application de l'article 183 du même décret de 1991, par le conseil de l'Ordre;*

Que même à supposer un tel manquement aux règles déontologiques, il ne peut constituer une incapacité d'ester en justice ou un défaut de pouvoir visé par l'article 117 du Nouveau Code de procédure civile invoqué;

Qu'en effet, il n'est pas soutenu que Maître X, régulièrement inscrite au barreau soit frappée d'une interdiction d'exercer ou qu'elle n'ait pas été mandatée par Mme Hervé pour la représenter;

Attendu de surcroît que si Maître X est collaboratrice de la SCP Y qui représentait Maître Mandin dans la procédure d'adjudication dirigée contre M. Hervé, en sa qualité de représentant des créanciers, Maître Mandin est investi d'une mission de protection d'intérêts collectifs, intérêts qui ne peuvent se confondre avec ceux de l'un des créanciers;

Qu'en outre, dans une instance différente, la CRCAM poursuivait Mme Hervé, représentée par Maître X, en sa qualité de coemprunteur;

Qu'il n'est pas démontré qu'elle ait violé le secret des informations portées à sa connaissance ou que leur connaissance ait favorisé l'une de ces procédures distinctes, alors qu'au contraire, il résulte de la motivation du jugement qu'elle a tenté par des moyens juridiques sans lien avec l'adjudication, de faire échec à la demande de la CRACAM;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

(...)

(**TGI Pontoise, 3^e ch., 2 Avril 1997, Mme Hervé c/ CRCAM de Paris et Ile-de-France et a.**, in JCP 1997, II, n°22907, **note critique R. MARTIN**)

- « (...) »

Sur les demandes de Monsieur Christian LOMBARDO

ATTENDU qu'aux termes de l'article 809 alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure Civile : Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite;

.../...

*ATTENDU qu'il résulte de ce texte, ensemble les articles 122 et 124 du même Code dont il résulte que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées, 7 du **Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat**, 17 et 21 de la Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, que le **conflit d'intérêts** susceptible de conduire un Avocat à s'abstenir ou lui interdire d'accepter un nouveau client, **doit être soumis au Bâtonnier de l'Ordre** auquel appartient cet Avocat, seul habilité à instruire les demandes des tiers et saisir le Conseil aux fins de faire respecter les règles déontologiques;*

Que, sauf si l'Avocat mis en cause est le Bâtonnier lui-même ou un membre de son cabinet, cette procédure obligatoire constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge des référés lequel, face au trouble manifestement illicite que constitue le conflit d'intérêts, ne peut être saisi qu'en cas de carence du Bâtonnier saisi ou si l'avis rendu par ce dernier n'a pas été suivi d'effet et qu'aucune poursuite disciplinaire ne s'en est suivie;

(...) »

(TGI Marseille, ord. Référé n°343/06, 10 Avril 2006, Monsieur Christian LOMBARDO c/ Maître Patrick GIOVANNANGELI et a., n° RG 06/01170).

- De même, concernant plus spécifiquement l'article **5.4 R.I.N.** :

« (...)

*Les appelants font valoir (...) que l'assignation devant le juge de l'exécution n'a pas été signifiée à leur personne mais à domicile élu, invoquent la **violation de l'article 5 du Règlement intérieur de la profession d'avocat (RIN)**, les privant des **exigences d'un procès équitable, des droits de la défense et du principe du contradictoire**, dans la mesure où l'avocat chargé d'introduire la procédure contre une partie dont il connaît le conseil devait aviser au préalable son confrère, et affirment qu'aucune pièce ne leur a été préalablement communiquée. (...)*

Sur les demandes d'annulation :

(...)

De plus il ressort de la lecture de la déclaration d'appel que les consorts BETEILLE ont maintenu leur élection de domicile en cette étude, de sorte qu'ils ne peuvent nullement se prévaloir d'un défaut de connaissance de la procédure engagée à leur rencontre, eu égard à la délivrance de l'assignation valant saisine du juge de l'exécution intervenue conformément à l'article 111 du Code civil et dépourvue d'une quelconque irrégularité.

(...)

Les demandes de nullité de l'assignation et du jugement entrepris, soutenues par les appelants seront en conséquence rejetées, étant observé qu'aucune violation des différents articles visés par leurs écritures n'est démontrée en l'espèce.

(...) »

(CA Aix-en-Provence, 29 Février 2008, Consorts BETEILLE c/ Mme Arlette CARCELLER veuve NARDINI, n°RG 07/1247)

Ces décisions établissent, ainsi, que les **règles déontologiques de l'Avocat** qui, pourtant, ne font, à l'instar de l'article **5.4 R.I.N.**, qu'aménager des **principes fondamentaux de bonne justice**, comme le **principe du contradictoire**, ne trouvent aucune sanction adéquate en droit positif. Cette carence est à relier à la **méconnaissance par l'Etat du statut constitutionnel de l'Avocat défenseur**.

II-C-1-a-ii / L'ATTEINTE PAR LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 AUX DROITS ET LIBERTES QUE LA CONSTITUTION GARANTIT : L'INCOMPATIBILITE RADICALE DU REGIME DISCIPLINAIRE AVEC LE STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR

Le droit positif textuel et jurisprudentiel n'est que le reflet partiel et déformé de l'**identité professionnelle** de l'Avocat qui **n'appartient pas une profession réglementée (1)**. L'**inconstitutionnalité (2)** et l'**inconventionnalité (3)** du **régime disciplinaire** de l'Avocat est la conséquence directe de la méconnaissance par l'Etat de cette **réalité constitutionnelle incontestable**.

1/ RAPPEL DES PRINCIPES FONDAMENTAUX : DES LORS QU'ILS JOUISSENT DU STATUT CONSTITUTIONNEL LES AVOCATS N'APPARTIENNENT PAS A UNE PROFESSION REGLEMENTEE, MAIS SONT, INDIVIDUELLEMENT, DES AUTORITES DE LA SOCIETE CIVILE

L'**immunité de l'Avocat** révélée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (1-1) est la condition sine qua non de l'effectivité de son **indépendance absolue (1-2)**.

1-1/ L'IMMUNITE DE L'AVOCAT REVELEE PAR LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** a été consacré par le **Conseil constitutionnel** dans sa **décision n°80-127 DC des 19 et 20 Janvier 1981**, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; v. **article de Maître Philippe KRIKORIAN « Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur »**, publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des **2-4 Décembre 2007**, pp. **3 à 8**, sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère), laquelle en vertu de l'article **62 alinéa 3** de la **Constitution** du **04 Octobre 1958** s'impose **« aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »** :

« (...) En ce qui concerne l'article 66 de la loi relatif à la **discipline des avocats et à la police de l'audience** :

48. Considérant que, selon les auteurs de l'une des saisines, l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel serait **contraire aux droits de la défense** ; qu'en effet, il permettrait au **président de toute juridiction de l'ordre judiciaire d'écartier discrétionnairement de la barre, pendant deux jours, au nom de la sérénité des débats , un avocat** ; que, s'il est permis au bâtonnier de désigner d'office un avocat pour remplacer l'avocat écarté de l'audience, cette garantie ne saurait être regardée comme suffisante, un tel système pouvant avoir pour effet de confier la défense à un avocat ignorant tout du procès ; qu'en outre et surtout, en ne précisant pas si les débats sont suspendus, en n'indiquant pas les conditions de leur poursuite, le premier alinéa de l'article 25-1 nouveau de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques tel qu'il résulte de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel permettrait que le procès se déroule au moins pendant deux jours sans que le prévenu soit assisté de son conseil, la désignation d'un remplaçant commis d'office par le bâtonnier n'intervenant qu'en cas de prorogation.

49. Considérant que l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour premier objet d'abroger les anciennes dispositions de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que celles de la loi du 15 janvier 1963 relative à la Cour de sûreté de l'Etat et celles du code de justice militaire qui confiaient à la juridiction devant laquelle un avocat manquait à ses obligations la répression de ces manquements par des peines disciplinaires pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer sa profession et de les remplacer par un nouvel article 25 de la loi du 31 décembre 1971 prévoyant, à l'initiative de la juridiction, **une poursuite disciplinaire devant le conseil de l'Ordre** ; que ces dispositions nouvelles ne sont pas, en elles-mêmes, contraires à la Constitution.

50. Considérant que l'article 66, paragraphe II, compte tenu de la **suppression du pouvoir disciplinaire de la juridiction sur l'avocat**, insère, d'autre part, dans la loi du 31 décembre 1971 sus-mentionnée un article 25-1 ainsi conçu : Lorsque **l'attitude d'un avocat compromet la sérénité des débats**, le président peut, en vertu de ses **pouvoirs de police de l'audience**, le bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou son représentant entendu, décider d'**écarter cet avocat de la salle d'audience pour une durée qui ne peut excéder deux jours**. Il appartient au bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou à son représentant de décider, s'il y a lieu, de la prorogation de cette mesure jusqu'à ce que le conseil de l'Ordre compétent ait statué sur l'instance disciplinaire et de désigner d'office un autre avocat pour l'audience pendant la durée qu'il détermine ;

51. Considérant qu'il résulte tant des termes que des travaux préparatoires de cette disposition qu'elle **permet au président d'une juridiction d'écarter un avocat de la salle d'audience en vertu de ses pouvoirs de police de l'audience et pour préserver la sérénité des débats sans même que, pour autant, l'avocat ait nécessairement manqué aux obligations que lui impose son serment et tombe sous le coup des poursuites disciplinaires** visées par l'article 25 de la loi du 31 décembre 1971 tel qu'il résulte du paragraphe 1 de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel.

52. Considérant que, même si la mesure que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la **sérénité des débats**, avait le caractère d'une **simple mesure de police de l'audience** et ne revêtait pas celui d'une sanction disciplinaire, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir **alors que l'avocat n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment** et alors qu'il **a donc rempli son rôle de défenseur**, serait **contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense** qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;

53. Considérant que les autres dispositions de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont inséparables des dispositions du paragraphe II contraires à la Constitution ; que, dans ces conditions, l'article 66 de la loi ne peut qu'être déclaré, dans sa totalité, contraire à la Constitution ;

(...)

(CC, 19 et 20 Janvier 1981, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes).

Cette décision a, indubitablement, reconnu à l'Avocat un **statut constitutionnel** en ce que notamment, en sa qualité de défenseur professionnel, il bénéficie d'une **immunité de police du prétoire** : il ne peut en être écarté au motif que son attitude compromettrait la sérénité des débats.

Celle-ci doit être rapprochée de la dispense de coopérer avec les autorités nationales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux :

« *L'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa **mission de conseil, de défense et de représentation de son client** de manière adéquate, et celui-ci serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la CEDH, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure.* »

(CJUE, Grande Chambre, 26 Juin 2007, **Ordre des barreaux francophones et germanophones et a. c/ Conseil des ministres**, C-305/05, point 32).

Plus récemment, la **Cour de cassation** reconnaît à l'Avocat une **liberté d'expression étendue** dès lors qu'il a « *le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat* »

(Cass. 1^o Civ., 04 Mai 2012, **Procureur général près la Cour d'appel de Paris c/ Me Francis SZPINER**, n^o11-30.193, 481).

Or, la **philosophie transcendantale kantienne** enseigne que l'**interprétation de la norme** par le juge procède d'un **jugement analytique**, celui où le prédicat est compris dans le sujet: « *Tous les corps sont étendus* », « *Tous les hommes sont mortels* »; « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

Il y a, ici, **identité** entre le sujet et le prédicat.

Le **jugement synthétique**, quant à lui, ajoute au sujet un concept qui ne s'y trouvait pas.

Ainsi s'exprime le grand philosophe:

« **IV. DE LA DIFFERENCE DES JUGEMENTS ANALYTIQUES ET DES JUGEMENTS SYNTHETIQUES**

Dans tous les jugements, où est pensé le rapport d'un sujet au prédicat (si je considère seulement les jugements affirmatifs, car l'application aux jugements négatifs est ensuite facile), ce rapport est possible de deux façons. Ou bien le prédicat B appartient au sujet A comme quelque chose qui est contenu (de manière cachée) dans ce concept A; ou bien B est entièrement hors du concept A, quoique en connexion avec lui. Dans le premier cas, je nomme le jugement analytique, dans l'autre (A 7) synthétique. Des jugements analytiques (affirmatifs) sont donc ceux dans lesquels la connexion du prédicat avec le sujet est pensée par identité, tandis que ceux dans lesquels la connexion est pensée sans identité doivent s'appeler justement (B 11) synthétiques (...). » (Emmanuel KANT, Critique de la raison pure, Ed. Gallimard 1980, folio essais, Introduction, p. 71)

Cette distinction ne recouvre, cependant, pas totalement l'opposition entre **jugement a priori** et **jugement empirique**: selon KANT il existe des **jugements synthétiques a priori** (mathématiques), les jugements **analytiques** étant toujours **a priori**.

Rapportée au **Droit**, la distinction n'est pas sans intérêt.

Elle permet notamment de rendre compte de la différence entre la **sentence du juge** et le **jugement de la loi**.

La mise en oeuvre du **droit à un procès équitable** – trancher une contestation sur des droits et obligations de caractère civil ou une accusation en matière pénale - (art. **6 CEDH**; art. **14 PIDCP**) se fait par l'intermédiaire d'un **jugement synthétique a posteriori** car pour imputer à une personne déterminée une responsabilité civile ou pénale (« *X...est déclaré coupable de...* ») il est nécessaire de recourir à l'**expérience des faits**.

En revanche, le législateur rend parfois des **jugements analytiques** (il est interdit de voler – l'**illicéité** étant comprise a priori dans le concept de vol) et d'autres fois des **jugements synthétiques a priori** (art. **1382 C. civ.** « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »; « **La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915** » - **loi** n°2001-70 du 29 Janvier 2001; **loi** n°2001-434 du 21 Mai 2001 reconnaissant la traite et l'esclavage comme crime contre l'Humanité).

En effet, dans cette dernière hypothèse (**Me Philippe KRIKORIAN**, « **Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité** », Dalloz 2006, p. 1980), s'il y a **qualification juridique** de faits incontestables de l'histoire, l'élévation de ces faits au rang de **norme générale** leur confère un caractère de **nécessité** et d'**universalité** qui **exclut toute contingence**: l'expérience n'a servi qu'à fournir la matière de la délibération du Parlement, non sa norme qui s'impose de façon **apodictique**, a fortiori si elle relève du **JUS COGENS**, sous réserve, toutefois, de ne pas être incompatible avec une norme supérieure.

Reconnu par la loi, le **Génocide Arménien** constitue un **nouveau concept** qui va élargir la catégorie des crimes contre l'humanité dont la négation, la banalisation grossière ou l'apologie sont pénalement répréhensibles.

La notion de **JUS COGENS** confirme que l'incrimination et la répression du négationnisme à l'égard d'un tel crime contre l'humanité procède d'un **impératif catégorique de civilisation**.

- Quant à la **création du droit par le juge**, elle n'est possible que dans l'exercice de sa mission **d'interprétation des normes existantes**, en suivant un **jugement analytique**: « *telle loi implique nécessairement telle règle* ».

A contrario, le pouvoir créateur du juge lui est retiré dès lors que la norme qu'il doit appliquer ne contient **pas nécessairement** le concept qu'il croit y trouver et ce, à peine d'engager la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice.

Pressé par l'article **4** du Code Civil, à peine de « *déni de justice* », de trancher le litige qui lui est soumis, malgré le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, le juge n'en demeure pas moins un **interprète** – certes privilégié dans la mesure où il a le pouvoir de rendre **opposable** aux justiciables son **interprétation authentique** de la loi – et ne se transforme pas en législateur.

On en déduit nécessairement que **l'immunité de police de l'audience et de poursuites** dont jouit l'Avocat et que la jurisprudence a révélée n'est que l'explicitation de **principes généraux du droit de valeur supra-législative**, comme la **loi** est ou doit être le « ***Droit réduit en préceptes particuliers*** » (PORTALIS).

1-2/ L'INDEPENDANCE ABSOLUE DE L'AVOCAT

Quant au **principe d'indépendance**, il est clairement affirmé par l'article **1er**, alinéa **3** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** qui dispose:

« *La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante.* ».

On le relève, encore, dans le **serment de l'Avocat** :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, **indépendance**, probité et humanité.* » (art. **3, al. 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques),

et se trouve réaffirmé à l'article **53** de ladite loi :

« *Dans le respect de **l'indépendance de l'avocat**, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession, des décrets en Conseil d'Etat fixent les conditions d'application du présent titre.*

(...) »

Le caractère d'**indépendance** est encore fortement marqué dans la définition des **professions libérales** par l'article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives comme celles groupant « *les personnes exerçant à titre habituel, **de manière indépendante et sous leur responsabilité**, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de **qualifications professionnelles appropriées** et dans le respect de principes éthiques ou d'une **déontologie professionnelle**, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.* »

On peut préciser, avec la Doctrine, le sens qu'il convient d'attribuer à « **libéral** » :

« *Sert à caractériser, **bien qu'elles soient de plus en plus réglementées**, certaines professions d'ordre intellectuel, en raison de **l'indépendance qu'exige leur exercice**. Ex. **la profession d'avocat est une profession libérale.*** »

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige, 9^e édition Août 2011, v^o LIBERAL, ALE, p. 606, sens 5).

Il est significatif, à cet égard, de relever les considérations qui ont conduit récemment le **Conseil constitutionnel – au mépris de sa décision précitée des 19-20 Janvier 1981** - à déclarer conforme à la Constitution l'article **53, 2^o** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, par lequel le législateur a consenti au pouvoir réglementaire une délégation aux fins de fixer « **Les règles de déontologie, ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires** » :

« (...) **SUR LE 2° DE L'ARTICLE 53 DE LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1971 :**

5. **Considérant que la détermination des règles de déontologie, de la procédure et des sanctions disciplinaires applicables à une profession ne relève ni du droit pénal ni de la procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution ; qu'il résulte des articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution, qu'elle relève de la compétence réglementaire dès lors que ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi ;**

6. **Considérant qu'il résulte de l'article 15 de la loi du 31 décembre 1971 que, pour l'exercice de leur profession, les avocats sont inscrits à un barreau ; que l'article 17 de la même loi prévoit que chaque barreau est administré par un conseil de l'ordre qui veille notamment à « l'observation des devoirs des avocats » et statue sur l'inscription au tableau des avocats ; qu'il résulte des articles 22 et 22-1 de la même loi que le conseil de discipline est composé des représentants des conseils de l'ordre du ressort de la cour d'appel et que le conseil de l'ordre du barreau de Paris siège comme conseil de discipline ; qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, le législateur a entendu, en l'espèce, que les fautes disciplinaires des avocats puissent faire l'objet de sanctions comprenant, le cas échéant, l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité ; que, dès lors, en renvoyant au décret le soin de fixer les sanctions disciplinaires qui, par leur objet et leur nature, sont en rapport avec l'exercice de cette profession réglementée, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'ainsi, le renvoi au décret opéré par le 2° de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée ne méconnaît pas l'article 34 de la Constitution ; qu'il n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; (...) (CC, décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre, précitée).**

Ainsi, pour valider les 2° et 6° de l'article 53 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le Conseil constitutionnel s'appuie, au vu des articles 15, 17, 22 et 22-1 de ladite loi **non attaquées par la QPC dont il était saisi**, sur le **postulat** selon lequel la profession d'Avocat serait une **profession réglementée**.

Or, comme susmentionné, **ce postulat est faux** : dès lors qu'il jouit du **statut constitutionnel**, l'Avocat ne peut pas appartenir à une profession réglementée, c'est dire placée, pour la détermination de ses règles déontologiques sous l'autorité du **pouvoir réglementaire**.

On ne saurait, à cet égard, placer sur le même rang la **profession de taxi** et la **profession d'avocat**. La première est **réglementée** (cf. CE, Ass. M. BENKERROU, 07 Juillet 2004, n°255136, concl. M. GUYOMAR). La seconde est de **rang constitutionnel**.

On en déduit nécessairement que seul le **législateur organique** – à l'exclusion du pouvoir réglementaire - pouvait **aménager l'exercice des prérogatives de défense des Avocats**.

De plus, les articles 15, 17, 22 et 22-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 sont présentement attaqués dans la QPC dont le Conseil d'Etat est saisi et ne peuvent, dès lors, faire obstacle au renvoi de ladite QPC au Conseil constitutionnel.

L'autorité de la chose jugée de la décision du Conseil constitutionnel n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre, précitée – qui ne vaut qu'en considération des « *motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement* » - ne saurait, dans ces conditions, paralyser le renvoi de la QPC au juge constitutionnel dès lors que, comme susdit, les articles **15, 17, 22** et **22-1** de la **loi n°71-1130 du 31 décembre 1971** qui en sont le **soutien nécessaire** – sans le visa desquels le Conseil constitutionnel n'aurait pas pu qualifier, à tort, la profession d'Avocat de **profession réglementée** - sont, précisément, attaqués par la présente QPC.

Il est, encore, significatif de relever que c'est au prix d'une **occultation totale** de la décision rendue les 19-20 Janvier 1981 par le **Conseil constitutionnel** précitée que Madame la Garde des sceaux croit être autorisée à nier purement et simplement le **statut constitutionnel de l'avocat défenseur**, de même que son **indépendance absolue**.

Il est à observer, dans cet ordre d'idées, que l'article de doctrine susmentionné de **Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* », publié en premier lieu à la **Gazette du Palais** (2-4 Décembre 2007), est également référencé sur le site officiel du **Conseil constitutionnel** www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère. On peut raisonnablement y voir l'adhésion du Haut conseil à l'analyse juridique conduisant logiquement à la reconnaissance à l'Avocat de son **statut constitutionnel de défenseur**.

De même, on ne peut pas suivre la Ministre de la justice dans son raisonnement lorsqu'elle affirme trouver confirmation de ses assertions erronées dans la demande des requérants (**Epoux BRACA**) tendant à voir consacrer par le Constituant le statut reconnu par le Conseil constitutionnel.

Il échet, à cet égard, de rappeler la distinction classique entre le **Droit** et les **lois**, sublimement exposée par **PORTALIS** dans son avant-projet de présentation du Code civil :

« (...) *Il nous a paru utile de commencer nos travaux par un livre préliminaire, Du droit et des lois en général.*

Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers.

Le droit est moralement obligatoire; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte; il dirige, les lois commandent : il sert de boussole, et les lois de compas.

(...)

*Les lois proprement dites diffèrent des simples règlements. C'est aux lois à poser dans chaque matière les **règles fondamentales** et à déterminer les **formes essentielles**. Les **détails d'exécution**, les **précautions provisoires ou accidentelles**, les **objets instantanés ou variables**; en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la **surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée**, sont du ressort des règlements. Les **règlements sont des actes de magistrature**, et les **lois des actes de souveraineté**.*

(...) »

En effet, la consécration prochaine dans la Constitution du statut de l'Avocat défenseur ne signifie pas que celui-ci ne jouit pas d'ores et déjà d'un tel statut, mais contribuerait, plus exactement, à **renforcer l'opposabilité** de cette norme telle qu'elle résulte actuellement de la décision des 19-20 Janvier 1981 qui, en vertu de l'article **62, alinéa 3** de la Constitution **s'impose** « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.* »

De même, la référence aux conditions d'accès, à l'organisation et à l'administration d'une profession ne suffit pas en faire une **profession réglementée**, sans quoi la **magistrature** elle-même mériterait une telle qualification.

N'est susceptible de cette appellation qu'une activité dont le fonctionnement ne mettant en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi, se trouve soumise à la **surveillance du pouvoir réglementaire (Premier ministre au niveau national; Préfet à l'échelon régional ou départemental)**. Ce ne peut être, à l'évidence, la nature de la profession d'Avocat **indissociable des droits de la défense** dont le **statut constitutionnel** (art. **16 DDH** consacrant la **garantie des droits**) est incontestable, l'article **34** de la Constitution rangeant, en outre, expressément dans le domaine de la loi « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

De même qu'on ne saurait, dans une Société démocratique, envisager de placer les magistrats sous le contrôle de l'exécutif, de même on ne saurait, sans violer la Constitution, reléguer l'Avocat au rang subalterne d'auxiliaire de justice, membre d'une profession réglementée.

L'Avocat ne fait pas que contribuer « *à l'effectivité de la mise en œuvre de nombreux principes à valeur constitutionnelle* », comme l'indique Madame la Garde des sceaux dans son mémoire en défense sur QPC (**Aff. Époux BRACA**) communiqué le 19 Mars 2013 (page **4/6**).

C'est, au-delà d'une simple contribution, **l'incarnation professionnelle des droits de la défense** que réalise l'Avocat dans sa « *personne* », condition qui s'oppose à ce que celui-ci soit expulsé du prétoire alors qu'il n'a fait que remplir avec zèle sa mission de défenseur (**CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. **52**).

Il serait, à cet égard, abusif de prétendre que le législateur de **1971** a **créé** la profession d'Avocat – qu'il a seulement prétendu **réformer** – dès lors que l'Avocat occidental appartient au **legs commun** de la **civilisation gréco-romaine** et a **préexisté** à l'édification de l'Etat moderne.

Il est, fort de cette **généalogie bimillénaire**, parfaitement légitime de vouloir rattacher l'Avocat à l'institution romaine du **Tribun de la Plèbe** dont la République (**loi des XII Tables, 451-450 av. J.-C. et lois Valeriae Horatae – 449 av. J.-C.**) avait consacré l'**inviolabilité juridique et physique**.

Née de la sécession sur le Mont Sacré en **494-493 av. J.-C.**, la **Plèbe** – prédécesseur de la **Société civile** dont l'**Avocat** est directement issu - se définit comme la « *fraction de la Cité (toutes classes confondues) qui s'est placée en opposition durable contre l'organisation officielle ou patricienne de la Cité.* » (**Professeur Michel HUMBERT**, Institutions politiques et sociales de l'Antiquité, Dalloz droit public – science politique, 10^e édition 2011, n°290, p. 245).

Le « *tribun n'est pas né pour agir ou commander, mais pour venir en aide à la plèbe contre l'imperium consulaire en offrant la protection de sa personne inviolable et sacrée. Il joue dès les origines et jouera toujours un rôle d'équilibre fondamental face à la toute-puissance des magistrats.* » (*ibid.* n°291, p. 247).

A cette fin, le **tribun de la plèbe** est pourvu de deux pouvoirs : *l'auxilium* et *l'intercessio*:

« *Le pouvoir d'aide (ou auxilium) est la mission cardinale du tribun. Pouvoir d'aide individuelle d'abord : par elle, le tribun vient au secours de tout citoyen, menacé dans sa personne ou ses biens par un acte d'autorité (légitime) du titulaire de l'imperium. Ou de lui-même, ou bien par l'appel de l'individu en péril qui lance le cri 'tribunos appello', 'je fais appel aux tribuns'. Le chef de la plèbe prend l'individu sous sa protection, en interposant l'écran de sa personne entre le citoyen et l'autorité qui le saisit. Il fait alors jouer contre le consul son pouvoir d'intercessio, corollaire de l'auxilium. Il ne s'agit pas de défendre un individu contre un acte nécessairement illégal : mais bien du pouvoir exorbitant de paralyser (l'intercessio est un droit de veto) le développement normal de l'autorité officielle (justice criminelle consulaire; coercition consulaire).*

La notion d'auxilium va encore beaucoup plus loin. Dans sa mission générale d'aide, le tribun prend en charge de la manière la plus large les intérêts de la plèbe dans son ensemble. Le tribun, par une intercessio dont il juge seul l'opportunité, peut suspendre la décision du consul (et, par la suite, de tout magistrat titulaire de l'imperium, interroi, préteur, tardivement même le dictateur) de convoquer une assemblée, de procéder à des élections, de faire voter une loi, de réunir le Sénat. Il peut même interdire au Sénat d'exprimer son opinion dans un sénatus-consulte. Toute la vie de la Cité se trouvera bloquée sur un geste du tribun. (...) » (*ibid.* n°292, p. 247).

La **plèbe** est, donc, « *le nom d'une expérience, celle de l'accession à la dignité politique humaine. Ni catégorie sociale ni affirmation identitaire, la plèbe désigne un événement politique de tout premier ordre, soit le passage d'un statut infrapolitique à celui de sujet politique à part entière. L'expérience plébéienne se manifeste comme la métamorphose de l'animal laborans en zoon politikon. Précisons qu'il faut entendre animal laborans dans un sens qui déborde les figures du travailleur, de l'ouvrier ou du prolétaire. Est animal laborans celui dont l'être demeure soumis à l'ordre vital, aux impératifs du corps humain. En tant que tel, son statut infrapolitique tient au fait qu'il soit privé de parole publique (logos) et réduit à la simple expression animale du plaisir et de la douleur (phoné).*

Afin de prévenir toute tentative de ramener la plèbe à un acteur objectivement constitué qui passerait du 'pour-soi' à 'l'en-soi', notre réflexion demeure axée sur la notion d'expérience'. Comprendons par 'expérience' le sens que lui confère Georges Bataille : 'J'appelle expérience un voyage au bout du possible de l'homme, écrit Bataille. Chacun peut ne pas faire ce voyage, mais, s'il le fait, cela suppose niées les autorités, les valeurs existantes, qui limitent le possible. Du fait qu'elle est négation d'autres valeurs, d'autres

autorités, l'expérience ayant l'existence positive devient elle-même positivement **la valeur et l'autorité**' (G. Bataille, *L'Expérience intérieure*, Paris, Gallimard, 1988 (1978), p. 19). **L'expérience plébéienne désigne donc une disposition qui refuse les limites du possible-actuel de l'ordre dominant et dont la finalité est de faire advenir un être-ensemble autre que celui qui sévit dans une communauté politique particulière.**

*Au cœur de cette expérience se trouve un désir : celui de **ne pas subir la domination politique**. L'impulsion qui donne vie à l'expérience plébéienne est un **refus de la domination** qui ouvre à l'expression d'un **désir de liberté**. Ici, il faut comprendre 'liberté' dans son sens politique, c'est-à-dire la **possibilité offerte à tous de participer à la vie de la cité**. Les luttes plébéiennes sont des luttes qui visent à **faire vivre la liberté politique en s'attaquant au règne sans partage de la domination**. (...) »*

(**Professeur Martin BREAUGH, L'expérience plébéienne – Une histoire discontinuée de la liberté politique**, Editions Payot et Rivages, Critique de la politique, 2007, préface pp. 11-12).

Adapté à l'époque contemporaine, le statut du **tribun de la plèbe** est très voisin de celui de l'**advocatus**, étymologiquement **celui qu'on appelle pour être défendu en justice**.

On comprend mieux, dans ces conditions, comment et pourquoi, eu égard à ses **fonctions custodiques éminentes** consistant à **mettre en œuvre, à titre professionnel, les droits de la défense**, eux-mêmes de **rang constitutionnel** (**CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes), son **statut constitutionnel** a été **reconnu juridictionnellement** – et non pas octroyé - à l'Avocat en **1981** – à l'identique de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789** à laquelle le Conseil constitutionnel, dix ans plus tôt (**CC, décision n°71-44 DC du 16 Juillet 1971**, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association) a reconnu une **valeur constitutionnelle**, alors que jusque-là elle était considérée par beaucoup comme n'ayant qu'une **portée symbolique** ou **politique**. (v. **Code constitutionnel et des droits fondamentaux**, Dalloz 1ère édition 2011-2012, pp. 8-9, commenté par **Professeur Michel LASCOMBE**, IEP de Lille, Université Lille Nord de France, Droits et perspectives du Droit EA n°4487).

Terme créé par **Jérémy BENTHAM** (du grec **to deon, deontos**, « **ce qu'il convient de faire** »), classiquement défini comme étant l' « **Ensemble des règles et devoirs régissant une profession** » (Dictionnaire culturel en langue française Le Robert, 2005, sous la direction d'**Alain REY**, Tome I, v° DEONTOLOGIE p. 2265), **la déontologie fixe les limites à la liberté de faire du professionnel**.

S'agissant des **professions libérales**, en particulier la profession d'Avocat, la **déontologie** ne relève pas tant du **devoir-être**, que de **l'être**. Elle sert, au premier plan, à **définir ce qu'est un Avocat**. Sa fonction est **téléologique** : « **pour Aristote, il existe assurément une déontologie; il y a des choses qu'il 'faut' faire, il ne faut les faire que parce qu'elles sont requises pour atteindre une certaine fin**. » (**Paul GILSON**, *L'Esprit de la philosophie médiévale*, p. 150, ibid.), cette fin étant ici l' « **intérêt du client ou du public** » (article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives).

Comme on le voit, la **déontologie** ne cesse pas, pour autant, d'être une **ontologie**. Elle permet de répondre à la question : **qu'est-ce qu'un Avocat?**

« *La condition première de l'action c'est la liberté* » rappelle Jean-Paul SARTRE dans « *L'être et le néant* » (Tel, Gallimard 2008, p. 477) : **l'homme se définit pas ses actes**, puisque « *l'existence précède l'essence* ».

La **problématique de l'action**, qu'elle porte sur l'**interrogation philosophique** (« *L'action* », Maurice BLONDEL), ou la **réflexion juridique** (**théorie de l'action**), est au cœur de la **condition humaine**.

Elle est intimement liée à la **liberté de l'individu** :

« *Oui ou non, la vie humaine a-t-elle un sens, et l'homme a-t-il une destinée? J'agis, mais sans même savoir ce qu'est l'action, sans avoir souhaité de vivre, sans connaître au juste ni qui je suis ni si je suis. Cette apparence d'être qui s'agite en moi, ces actions légères et fugitives d'une ombre, j'entends dire qu'elles portent en elle une responsabilité éternellement lourde, et que, même au prix du sang, je ne puis acheter le néant parce que pour moi il n'est plus : je serais donc condamné à la vie, condamné à la mort, condamné à l'éternité! Comment et de quel droit, si je ne l'ai su ni voulu? »*

(*L'Action - Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, Paris, 1893, p.VII.)

La place que le droit positif accorde à la **théorie de l'action** (Titre II du Livre Ier du Code de procédure civile (CPC)) est symptomatique du degré d'intégration des principes fondamentaux et de protection des libertés publiques, conditions nécessaires de la paix sociale au sein d'une Société démocratique.

Ainsi, aux termes de l'article **30 CPC** :

« *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.*

Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. »

On doit, partant, appliquer, ici, le **principe constitutionnel de la liberté – primat irréductible de l'humanité** - tel que posé aux articles **4** et **5 DDH** :

Art. **4 DDH** : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »,

Art. **5 DDH** :

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

ou, comme l'indiquait, déjà, le **Commissaire du Gouvernement CORNEILLE**, au siècle dernier :

« (...) *Il faut tout de suite se rappeler (...) que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la **Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception.*** » (Commissaire du Gouvernement **CORNEILLE**, conclusions sur **CE 10 Août 1917, Baldy**, Rec. 640, cité par **Etienne PICARD**, Professeur à l'Université de Rouen, en épigraphe de *La notion de police administrative*, LGDJ 1984, Tome I).

C'est la définition première de la **Société ouverte** qui s'exprime par le **Contrat social** (la citoyenneté, le marché concurrentiel) et qui s'oppose à la **Société fermée** délimitée par son **statut** et son **règlement intérieur** (l'Administration, l'entreprise).

Un fonctionnaire fait partie d'un **corps** et, à ce titre, est placé dans une **situation statutaire et réglementaire**. Il est naturel qu'il soit soumis à des règles disciplinairement sanctionnées, sans lesquelles le corps perdrait toute **cohésion**.

A l'inverse, le membre d'une **profession libérale** – qui n'est pas une profession réglementée - ne fait partie d'**aucun corps** dès lors qu'il **assume seul ses actes** (« *de manière indépendante et sous (sa) responsabilité* » - article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives).

Dans cet ordre d'idées, **PORTALIS** affirmait, à juste raison, que « *la justice est la première dette de la souveraineté* » (Cité par **Raymond CARRE de MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920-1922, réédition Dalloz 2004, p. 736).

Qui, aujourd'hui, pourrait mettre en doute le rôle central et croissant de la justice dans l'équilibre des forces politiques, sociologiques et économiques, tant sur le plan interne qu'international?

A cet égard, nul ne contestera, comme le juge la **Cour européenne des droits de l'homme** que l'Avocat occupe, dans une **société démocratique**, une **place éminente**, étant rappelé que le **Conseil Constitutionnel** lui a reconnu, il y a plus de trente ans, comme susdit, un statut constitutionnel dans sa mission de défense (**CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes).

Avec la mise en oeuvre du **droit à un procès équitable** l'Avocat est, en outre, exonéré, selon la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**, des obligations d'information et de coopération avec les pouvoirs publics en matière de lutte contre le blanchiment (**CJUE, 26 Juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones**, C-305/05 - question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001). C'est, en réalité, conférer à l'Avocat défenseur une nécessaire **immunité** dès lors que son intervention se situe dans le champ d'application du **droit à un procès équitable** garanti notamment par l'article **6** de la **Convention européenne des droits de l'homme** et l'article **14** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966.

A l'évidence, les relations qu'entretiennent avocats et magistrats appartiennent au **champ politique** à l'instar de celles que nouent parlementaires et membres du gouvernement au sein des Assemblées, relations régulées par le **Contrat social**. Le prétoire se présente, dès lors, comme l'**interface entre l'Etat et la Société civile** permettant d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables. Ainsi, l'Avocat évolue nécessairement, notamment, dans l'enceinte de justice qui implique tous les acteurs étatiques et non-étatiques du procès, au sein d'une **société ouverte** – par opposition à la société fermée (**Henri BERGSON**, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932; **Karl POPPER**, *La société ouverte et ses ennemis*, 1942), ce qui **exclut tout régime disciplinaire** le concernant.

La **constitutionnalisation** et donc la **politisation** du rôle de l'Avocat étaient déjà annoncées par le même **PORTALIS** « orateur par don et avocat par mission »:

« (...) quiconque ose mettre des bornes à la science de l'avocat n'a jamais conçu une parfaite idée de la vaste étendue de la profession (...). Que les orateurs du barreau se rassurent, leur carrière n'est pas moins brillante que celle de la chaire (professorale), que celle même de la tribune (de l'Assemblée). Je sais que les causes qu'ils ont à discuter ou à défendre viennent expirer dans l'étroite enceinte des tribunaux, mais elles naissent sur le vaste théâtre de la société; elles se lient à l'histoire de l'homme; elles forment le tableau le plus fidèle des moeurs de chaque pays et de chaque siècle. Un recueil bien fait des causes célèbres serait, à chaque époque, le recueil le plus instructif pour l'observateur philosophe. Il avertirait le législateur de la bonté ou de l'insuffisance de ses lois; le magistrat, de la tendance qu'il doit donner à ses décisions; le citoyen des vices qu'il doit redouter et des pièges contre lesquels il doit se prémunir de la part des hommes avec lesquels il est obligé de vivre. Les controverses judiciaires ne sont obscures, que lorsqu'on ne rencontre pas des hommes qui sachent les ennoblir. Les orateurs pourront manquer aux circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs. » (Eloge du Président Séguier, p. 40 in Portalis, père du Code civil par **Jean-Luc A. CHARTIER**, Fayard 2004, p. 51).

Il apparaît, ainsi, que l'Etat, dans une Société démocratique, s'acquitte de l'obligation de justice qu'il a contractée avec la Nation - assurer à chacun une **protection juridictionnelle effective** - par des **organes endogènes**, d'une part (les magistrats, greffiers, huissiers de justice, experts, mandataires de justice et autres collaborateurs du service public de la justice) et par des **entités exogènes et totalement indépendantes évoluant au sein de la Société civile**, savoir, les **Avocats**, d'autre part.

Le couple politique **Etat – Société civile** peut être traduit par la formule empruntée à **Edmund HUSSERL**: « *la transcendance dans l'immanence* ». L'Etat fournit les **conditions a priori** (nécessaires) de l'**expérience juridictionnelle** alimentée par la **Société civile** (les justiciables et leurs Avocats).

L'Avocat est, donc, un rouage essentiel de la vie dans une Société démocratique. Il permet à l'Etat de s'acquitter de son obligation d'assurer à chacun une **protection juridictionnelle effective**.

Il serait, dès lors, beaucoup plus cohérent, aux fins que le droit positif se rapproche davantage de la **réalité socio-juridique** de notre Société démocratique, de faire consacrer par le **Constituant** le **statut constitutionnel** de l'Avocat défenseur et charger le **législateur organique** – et non pas le pouvoir réglementaire – de préciser les **règles de déontologie** de la profession d'Avocat.

On doit, dans cet ordre d'idées, rappeler, ici, la **nécessité** éprouvée par le Constituant de donner au **Défenseur des droits** une **existence constitutionnelle** (article **71-1** formant le **Titre XI Bis** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, résultant de l'article **41** de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 Juillet 2008), alors que jusque-là, son prédécesseur, le **Médiateur de la République** n'avait qu'une **existence légale** (**loi** n°73-6 du 03 Janvier 1973 instituant un Médiateur de la République) :

« Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

(...) »

Il est, dans cet ordre d'idées, caractéristique d'observer le soin que le législateur organique (article **2** de la **loi organique** n°2011-333 du 29 Mars 2011 relative au Défenseur des droits a pris de préciser **l'immunité** dont le Défenseur des droits jouit pour l'accomplissement de sa mission :

« Le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction.

Le Défenseur des droits et ses adjoints ne peuvent être poursuivis, recherchés, arrêtés, détenus ou jugés à l'occasion des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. »

Il y a lieu de rappeler, à cet égard, **l'exigence d'ordre public de l'indépendance de l'Avocat** et de sa **libre expression** garantie par l'article **10 § 1** de la **Convention européenne des droits de l'homme** (ci-après **CEDH**) et l'article **19 §§ 1 et 2** du **Pacte International relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966 (ci-après **PIDCP**), en particulier dans le cadre de l'exercice de sa **mission de défense**.

La Cour européenne des droits de l'homme fait valoir, à ce titre, que *'dans un procès pénal le principe de l'égalité des armes (art. 6, § 1) milite en faveur d'un libre débat entre les parties et que « la menace d'un contrôle a posteriori des critiques de l'autre partie à une procédure pénale (...) ne peut guère se concilier avec le devoir qui incombe à l'avocat de la défense de défendre avec zèle les intérêts de ses clients » (§ 54). Ce n'est donc que dans « des cas exceptionnels » qu'une restriction à la liberté d'expression d'un avocat de la défense peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (§ 55). En l'espèce, les propos critiques de la requérante ont été tenus dans la salle d'audience, étaient de caractère procédural et ne s'analysaient pas en une insulte personnelle; la Cour conclut donc à une violation de l'article 10.'* »

(**CEDH 21 Mars 2002, Nikula c/ Finlande**, cité in JCP éd. G, n°31-35 du 31 Juillet 2002, I 157, p. 1456; v. dans le même sens **CEDH 28 Octobre 2003, Steur c/ Pays-Bas**).

.../...

Le Code de déontologie des Avocats de l'Union européenne annexé au Règlement Intérieur Unifié des Barreaux de France prévoit, de la même façon:

“20.1.1 La mission de l'avocat

Dans une société fondée sur le respect de la Justice, l'avocat remplit un rôle éminent. Sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi. Dans un Etat de droit, l'avocat est indispensable à la justice et aux justiciables dont il a la charge de défendre les droits et libertés: il est aussi bien le conseil que le défenseur de son client.(...)”

« Indépendance

*20.2.1.1 La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une **indépendance absolue exempte de toute pression**, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la Justice que l'impartialité du juge. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger l'éthique professionnelle pour plaire à son client, au juge ou à des tiers.*

20.2.1.2 Cette indépendance est nécessaire pour l'activité juridique comme pour les autres affaires judiciaires, le conseil donné à son client par l'avocat n'ayant aucune valeur réelle, s'il n'a été donné que par complaisance, ou par intérêt personnel ou sous l'effet d'une pression extérieure.

(...)

20.4.3 Respect du juge

Tout en faisant preuve de respect et de loyauté envers l'office du juge, l'avocat défendra son client avec conscience et sans crainte, sans tenir compte de ses propres intérêts ni de quelque conséquence que ce soit pour lui-même ou toute autre personne. »

Ainsi, l'article 13-1 du Règlement intérieur de l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris qui subordonnait à l'autorisation du Bâtonnier la délivrance de certains actes établis à la requête de personnes étrangères à l'Ordre ou relevant du monopole de la postulation, a été annulé par arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 29 Mars 1995 (Gaz. Pal. 9 et 10 Juin 1995, Jur. p. 11, note A. Damien) jugeant qu'une telle disposition “constitue une entrave au libre exercice de la mission dévolue aux avocats et une atteinte aux principes ci-dessus rappelés;”, la Cour ayant , à cette occasion énoncé:

“(...) que les principes de libéralisme et d'indépendance s'opposent à toute subordination de l'avocat dans l'accomplissement de sa mission, excluent toute ingérence dans ses rapports avec son client ou dans son choix sur la manière de défendre les intérêts confiés et ne comportent d'autre limite que le respect de la législation en vigueur et de la déontologie; (...)”.

Le principe d'indépendance de l'Avocat n'est pas propre à la France et se trouve consacré dans d'autres pays membres, comme les Pays-Bas:

« (...)100. Selon les conceptions en vigueur aux Pays-bas, où l'ordre national des avocats est chargé par l'article 28 de l'Advocatenwet d'arrêter la réglementation devant assurer l'exercice correct de la profession d'avocat, les règles essentielles adoptées à cet effet sont notamment le **devoir de défendre son client en toute indépendance et dans l'intérêt exclusif de celui-ci**, celui, déjà mentionné, d'éviter tout risque de conflit d'intérêts ainsi que le devoir de respecter un strict secret professionnel.

(...) »

(CJCE, 19 Février 2002, **Wouters**, C-309/99).

Ce principe d'**INDEPENDANCE ABSOLUE** de l'Avocat doit se conjuguer avec les **droits de la défense** qui, comme susdit, ont **valeur constitutionnelle**, de même que la **mission de défense** de l'Avocat (**CC, 19-20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes).

Quant aux **Ordres d'Avocats**, précisément, ils constituent des **organismes privés chargés de la gestion d'un service public** (**CE 27 Septembre 1985, Ordre des Avocats au Barreau de Lyon c/ Bertin**, req. n°56543, Rec. CE p. 267, RFD adm. 1986, p. 183, concl. Denoix de Saint-Marc; **CE 6 Juin 1986, Ordre des Avocats au Barreau de Pontoise c/ Jaugey**, req. n°57285, Rec. CE p. 159, D. 1987, somm. p. 65, Rev. adm. 1986, p. 358, note Terneyre) dont les membres « **participent, en qualité d'auxiliaire de justice, au service public de la justice.** » (**CE 1° et 6° ss-sect. 28 Juin 2004, Bessis**, req. n°251897: Gaz.Pal. 12-14 Décembre 2004, p. 17), l'expression « *auxiliaire de justice* » étant particulièrement mal adaptée pour rendre compte de la **réalité socio-juridique de l'Avocat**.

*

Il échet, précisément, de considérer le **principe de cohérence** selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui (**Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841) dont selon la Doctrine « *il n'est désormais ni contestable ni contestaire d'affirmer l'existence* » (**Dimitri HOUTCIEFF**, note sous **Cass. 3° Civ., 28 Janvier 2009**, D. 2009, p. 2010, § 11) est issu de la règle de l'**estoppel** de droit international public « *Notion empruntée au droit anglo-saxon, souvent analysée comme une exception procédurale, destinée à sanctionner, au nom de la **bonne foi**, les contradictions dans les comportements d'un Etat, celui-ci étant considéré comme lié par son comportement antérieur et, dès lors, estopped à faire valoir une prétention nouvelle. Ex. Un Etat qui a expressément reconnu une ligne frontière est déchu de son droit de contester cette ligne auprès d'un autre Etat* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 8° édition Quadrige Avril 2007, v° Estoppel, p. 372) et se traduit en droit positif par l'**irrecevabilité** des prétentions incohérentes (**Cass. 1° Civ., 02 Avril 1996, Mme Sylvette FREULET née LEFEBVRE c/ Mme Franciane BENOIST née LEVEBvre et a.**, n° 93-10.717; **Cass. Com. 10 Mai 2000, M. James VENDE c/ M. Georges SIGNOL**, n°97-18.322; **Cass. 1° Civ., 06 Juillet 2005, M. Abraham Rahman Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran**, n°S 01-15.912; **Cass. Com. 17 Mars 2009, Sté TERREAL c/ Sté TEJAS BORJA**, n°07-18.842).

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

.../...

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

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

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

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

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

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

En d'autres termes, les propositions :

- « *La **profession d'avocat** est une profession **libérale et indépendante**.* » (article **1er**, alinéa **3** de la **loi** n^o71-1130 du 31 Décembre 1971) ;

- « *Un **conseil de discipline** institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les **avocats** relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.* » (article **22**, alinéa **1er** de la même loi),

sont **contradictoires** : un **Avocat soumis à un régime disciplinaire** est un **oxymoron**, semblable à la fameuse « **obscure clarté** » de **Pierre CORNEILLE** ou la « **sublime horreur** » d'**Honoré de BALZAC** (Le Colonel **CHABERT**).

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

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

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

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

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

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

En effet, de la **loi de HUME**, selon laquelle **de la nécessité on ne peut nullement déduire la réalité**, ni une **proposition appréciative** de **prémises neutres** (« *La loi est l'expression de la volonté générale* »; « *la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante* »), il découle que la norme que l'Avocat **doit** respecter ne saurait être fixée par des dispositions réglementaires, puisque les bornes à sa **liberté professionnelle** « *ne peuvent être déterminées que par la loi.* » (art. **4 DDH**). Et, compte tenu de son **statut constitutionnel**, seul le **législateur organique** sera compétent pour légiférer, comme il l'a fait pour les **magistrats** avec l'**ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

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

*

.../...

Appliqués à la problématique de l'Avocat, les principes susmentionnés conduisent d'emblée à relever une **contradiction** (**contradictio in adjecto**) dans l'expression utilisée par le législateur à l'article **3, alinéa 1er** de la loi précitée du 31 Décembre 1971 : « **Les avocats sont des auxiliaires de justice.** »

En effet, comme susmentionné, le terme d'**auxiliaire** employé par l'article **3** de la **loi n°71-1130 du 31 décembre 1971** et largement véhiculé, à tort, par la jurisprudence et la pratique n'en est pas moins **particulièrement mal choisi** pour désigner les Avocats.

Ainsi, le dictionnaire « Robert » donne de l'**auxiliaire** la définition suivante:

« 1. *Qui agit, est utilisé en second lieu, à titre de secours. (...) - accessoire, adjoint, annexe, complémentaire, second.*

2. *Personne qui aide en apportant son concours; - aide, adjoint, assistant, collaborateur. (...)* »

(**Le Nouveau Petit Robert**, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, édition 2002, v°auxiliaire, p. 190),

définition qui reflète, sans conteste, une **subordination juridique** de l'auxiliaire à l'égard d'un tiers – en l'occurrence, la **Justice** dont il doit **préparer et faciliter le travail**.

Pourtant, là où le français confond, le latin distingue entre « **auxiliaris** » et « **auxiliator** ».

Auxiliaris : « *auxiliaire : auxiliaries cohortes Caes. C. 1, 63, 1; TAC. An. 12, 39, cohortes auxiliaires (...) les troupes auxiliaires (...) auxiliaria stipendia mereri TAC. An. 2, 52, servir dans les troupes auxiliaires.* »

Auxiliator : « *qui aide, secourt, soutient: auxiliator litigantium QUINT. 12, 3, 2, qui défend les plaideurs;*

(**Dictionnaire Latin – Français Le Grand GAFFIOT**, Hachette 2000, p. 200).

D'**auxiliator** dérive directement **auxilialeur, trice** :

« 1. *Relig. Qui aide, qui secourt. La Vierge auxilatrice. Les saints auxiliaeurs.*

2. *Littér. Qui apporte son aide.* »

(**Dictionnaire culturel en langue française Le Robert**, sous la direction d'**Alain REY**, 2005, v°AUXILIAEUR, TRICE, vol. I, p. 671).

L'Avocat est, donc, étymologiquement celui qu'on appelle (**advocatus**) en justice, pour défendre un plaideur. Il est **auxiliaeur en justice** (**Auxiliator**) et non pas **auxiliaire de justice** (**auxiliaris**).

C'est à l'aune de ces **principes fondamentaux** que doit être appréciée la compatibilité avec la norme constitutionnelle et supranationale de la législation française prévoyant le prononcé à l'encontre d'un Avocat de **sanctions disciplinaires**, en sus de l'éventuelle mise en oeuvre d'une responsabilité civile ou pénale.

Il est, à cet égard, difficile de s'écarter de l'idée selon laquelle une **sanction disciplinaire** ne se conçoit qu'au sein d'un groupe dont les membres sont liés entre eux par des rapports de **subordination hiérarchique (société fermée)**, notion **totalemt étrangère** aux **professionnels libéraux et indépendants (société ouverte)**, comme le sont, de manière hautement représentative, les **Avocats**.

Le régime disciplinaire est le **prolongement nécessaire du lien hiérarchique** sans lequel le **corps** au profit duquel il est prévu perdrait sa cohésion et, donc, sa capacité d'action.

La **hiérarchie** se définit couramment comme « *Organisation sociale dans laquelle chacun se trouve dans une série ascendante de pouvoirs ou de situation.* » (**Le Nouveau Petit Robert**, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, édition 2002, v°hiérarchie, p. 1267).

Or, le principe d'**INDEPENDANCE ABSOLUE** de l'Avocat rappelé ci-dessus s'oppose radicalement à toute forme de subordination de l'Avocat à l'égard de quiconque.

Le **schéma n'est pas vertical**, concernant l'Avocat, mais **horizontal**, dès lors que celui-ci évolue sur un **marché concurrentiel (Société ouverte)**, **ne recevant d'ordre de personne** et n'ayant de comptes à rendre qu'au **Droit (nomocratie)**.

L'Avocat ne reçoit pas d'instructions d'un supérieur hiérarchique, mais une **mission de défense** de son client qu'il est libre d'accepter ou de refuser.

Il est certain, à ce propos, que **l'Avocat n'est pas le collaborateur du service public de la justice** :

« (...) *Mais attendu que l'arrêt attaqué a exactement retenu qu'à l'égard d'un avocat, qui est le conseil représentant ou assistant l'une des parties en litige et non un collaborateur du service public de la justice, la responsabilité de l'Etat en raison d'une faute commise par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions ne peut, selon l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, être engagée qu'en cas de faute lourde;* » (**Cass. 1ère Civ., 13 Octobre 1998, M. Jean MELOUX et a. c/ Agent judiciaire du Trésor, n°A 96-13.862**);

On concevrait mal, en effet, que l'Avocat, mandataire du justiciable puisse à la fois défendre son client en toute indépendance et être le collaborateur du juge.

Dans cet ordre d'idées, l'obligation faite par l'article **10** du Code Civil à chacun « *d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* » ne place pas, pour autant, la **partie** à un procès en situation de subordination hiérarchique à l'égard du juge ou d'un autre acteur du procès.

Il doit en être de même de l'Avocat qui a reçu de la **norme suprême** mission de **défendre**, dans le respect de son **serment légal** visant expressément **l'indépendance**, conformément au **mandat** qui lui a été confié par son client.

C'est, donc, bien le **mandat** défini par l'article **1984** du Code Civil comme l' « *acte par lequel une personne donne à une autre le **pouvoir** de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* » avec la signification qu'il prend lorsque son objet porte sur la **représentation** ou **l'assistance en justice**, conjugué avec le **principe constitutionnel des droits de la défense** qui fait relever **l'indépendance de l'Avocat**, notamment à l'égard du juge, d'une **raison impérieuse d'intérêt général**, aux fins que soit assuré à toute personne le **droit à un procès équitable** garanti par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « **DDH** ») l'article **6 § 1** de la **CEDH** et l'article **14 § 1** du **PIDCP**.

Le **principe de responsabilité** permet, également d'opposer le travailleur indépendant (**mandat**) et le préposé (**contrat de travail**) que le lien de subordination hiérarchique protège dès lors qu'il n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers lorsqu'il agit sans excéder les limites de sa mission :

1. « (...)

Vu les articles 1382 et 1384, alinéa 5, du Code civil,

Attendu que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »

(Cass. Ass. Plén. 25 Février 2000, M. Thierry COSTEDOAT et a. n° T 97-17.378 et G 97-20.152);

2. « (...)

Vu les articles 1384, alinéa 5, du code civil et 1er et 2 de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985:

Attendu que n'est pas tenu à indemnisation à l'égard de la victime le préposé conducteur d'un véhicule de son commettant impliqué dans un accident de la circulation qui agit dans les limites de la mission qui lui a été impartie;

(Cass. 2° Civ., 28 Mai 2009, M. Jean-Luc MOUTON et a., n° G 08-13.310);

3. « (...)

Mais attendu que le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci; que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a légalement justifié sa décision;

(Cass. Ass. Plén. 14 Décembre 2001, M. Patrick COUSIN, n°C 00-82.066);

Située au **rang constitutionnel**, la mission de l'Avocat doit voir son **utilité** et sa **nécessité** reconnues par les autres acteurs du procès, savoir les **magistrats** auxquels **aucun pouvoir injonctif**, ni de **sanction** ne doit être attribué en dehors de la **jurisdiction**. Les relations entre avocats et magistrats doivent, pour respecter le **principe d'égalité des armes**, être à l'identique de celles qu'entretiennent **juges** et **représentants du ministère public**, ceux-là s'interdisant de prendre toute **mesure coercitive** à l'encontre de ceux-ci, notamment aux fins de production des pièces issues d'une instruction pénale en cours ou à l'occasion de l'exercice des pouvoirs de police de l'audience.

La **spécificité** et le **rôle éminent** de l'Avocat au sein d'un procès conduisent à lui reconnaître des **prérogatives de défense constitutionnellement garanties** aux fins qu'il puisse de façon **concrète et effective** remplir la mission qui lui a été confiée, en particulier dans des situations qui le contraignent, au nom et pour le compte de son client, à **suspecter légitimement l'impartialité du juge**, cette exigence étant pour celui-ci **absolue** ou à s'opposer à des décisions susceptibles d'aucun recours qui lui paraissent illégales.

Les **prérogatives de puissance publique** dont sont investis les magistrats du siège et du parquet, doivent, partant, dans une **société démocratique** qui assure la **garantie des droits** et la **séparation des pouvoirs**, au sens de l'article **16 DDH**, être **adéquatement contrebalancées** par des **prérogatives de défense** reconnues aux Avocats, de sorte qu'un **équilibre** entre les droits et obligations de chacune des parties au procès soit assuré (cf. **article préliminaire** du Code de procédure pénale: « *La procédure pénale doit être équitale et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.* »).

Or, un Avocat, au motif qu'il est tenu à une **déontologie** particulière comprenant la notion particulièrement floue de « *délicatesse* » - « *qui veut tout dire et rien dire* » selon l'expression de **Maître Daniel SOULEZ-LARIVIERE** (in Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, v° Avocat, p. 110) qui craindrait que l'exécution fidèle et légitime de son mandat l'expose à des **poursuites disciplinaires** et à une éventuelle sanction prononcée, en première instance, par un collège composé de **concurrents** dont l'**impartialité** peut donc être **objectivement suspectée** et en appel par des **magistrats de la Cour du ressort** de laquelle son Barreau relève et devant lesquels il sera intervenu auparavant et qui, à l'évidence, ne fourniraient pas davantage de **garantie d'impartialité**, ne pourrait pas en toute **liberté** et **indépendance** remplir la mission à lui confiée par son client dont les **droits fondamentaux** ne seraient, en conséquence, pas assurés.

(cf. **CEDH 21 Mars 2002, Nikula c/ Finlande**, cité in JCP éd. G, n°31-35 du 31 Juillet 2002, I 157, p. 1456 et **CEDH 28 Octobre 2003, Steur c/ Pays-Bas**, précités).

Telle est pourtant la situation du droit positif compte tenu en particulier des articles **180** à **199** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat qui doivent donc être **abrogés**.

La **déontologie**, définie comme étant la « *connaissance de ce qui est juste et convenable* » (**Monsieur Joël MORET-BAILLY** in Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, v° Déontologie, p. 326), si elle représente une garantie nécessaire des consommateurs du droit, ne peut être mise en oeuvre, en ce qui concerne les Avocats que dans des conditions qui ne portent atteinte ni directement, ni indirectement à l'**indépendance absolue** qui est indispensable à l'exercice de leur **mission de défense**.

En effet, selon l'approche de **Maître Jean-Marc VARAUT**:

*« L'indépendance est la situation d'une collectivité, d'une institution ou d'une personne qui **n'est pas soumise** à une autre collectivité, institution ou personne. Il faut que son titulaire n'ait **rien à attendre ou à redouter de personne**. L'indépendance se caractérise par l'autonomie, ce qui ne veut pas dire qu'elle est **anémique**, mais que les **normes** qui régissent cette collectivité, cette institution ou cette personne lui sont **propres**. » (**Jean-Marc VARAUT** in Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, v° Indépendance, p. 622).*

Or, les structures prévues par le droit positif aux fins de faire respecter la déontologie méconnaissent précisément ce **principe d'indépendance absolue** de l'Avocat.

2/ L'INCONSTITUTIONNALITE DES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

Il n'est pas indifférent, à ce propos, de relever qu'ainsi le juge la **Cour de Justice de l'Union Européenne**:

« (...) 17; Si, en général, la législation pénale et les règles de procédure pénale, dont font partie les dispositions litigieuses relatives à la langue de procédure, relèvent de la compétence des Etats membres, il est de jurisprudence constante que le droit communautaire impose des limites à cette compétence. De telles dispositions ne peuvent, en effet, opérer une discrimination à l'égard des personnes auxquelles le droit communautaire confère le droit à l'égalité de traitement ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire (voir, en ce sens, arrêt Cowan, précité, point 19). (...) » (CJUE, 24 Novembre 1998, Bickel et Franz (aff. C-274/96).

De la même manière, le législateur est tenu par les **normes constitutionnelles**, dès lors qu'il décide de recourir à un **régime répressif**, comme en l'espèce (**2-1**), au **principe de la légalité des délits et des peines**, principe manifestement méconnu par les dispositions législatives présentement contestées aussi bien sous l'angle des **droits de la défense et de la liberté d'expression** (**2-2**), que de la **liberté d'entreprendre** dont procède la **liberté d'exercer la profession d'Avocat** (**2-3**).

2-1/ LE REGIME DISCIPLINAIRE INSTAURE PAR LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 EST ASSUJETTI AU PRINCIPE DE LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES

Il y a lieu de rappeler, ici, que le **principe de la légalité des délits et des peines** consacré par les articles 7 et 8 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), **norme constitutionnelle**, trouve à s'appliquer dès lors que la mesure législative envisagée revêt le caractère de **sanction**, comme c'est le cas des **sanctions disciplinaires** prononcées contre un Avocat.

Comme le précise la Doctrine, « *Davantage qu'à la notion de « peines » c'est désormais à la notion de « mesures à caractère répressif » qu'il convient donc de se référer (CC, 29 Décembre 1989, déc. n°89-268 DC; RFD const. 1991, n°1, p. 122, note L. Philip, qui emploie l'expression de « matière répressive »*).

Par mesures à caractère répressif sont dès lors désignées les mesures prises en considération de la personne constitutives de punition, c'est-à-dire les mesures individuelles défavorables, causant un désagrément dans un intérêt social.

Pour opérer la qualification, il convient de démontrer, et ceci par tous moyens appropriés, l'intention de l'auteur de la mesure.

(...)

*une mesure de retrait de la carte de séjour ou de la carte de résident prise comme conséquence du comportement de l'intéressé revêt le caractère d'une sanction au sens de l'article **DDH 8**, obligeant notamment, s'agissant d'une mesure de haute police, le juge administratif à s'assurer du respect du principe constitutionnel des droits de la défense (Cons. const., 22 avr. 1997, déc. n°97-389 DC, consid. 32: Rec. Cons. const., p. 45); ou bien à propos d'une amende fiscale d'un montant fixe, applicable 'si la mauvaise foi de l'intéressé est établie' (demande de prime pour l'emploi formulée sur la base de renseignements inexacts en vue d'obtenir le paiement d'un acompte): Cons. const., 29 déc. 2003, déc. n°2003-489 DC, consid. 12: Rec. Cons. const., p. 487) (...) (**Professeurs Thierry S. RENOUX et Michel de VILLIERS**, Code constitutionnel Litec, 2004, § 0108, p. 50).*

C'est, au demeurant, le même principe que retient la jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne**: « (...) *une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë (voir, notamment, arrêts du 25 septembre 1984, Könecke, 117/83, Rec. p. 3291, point 11, et du 11 juillet 2002, Käserei Chapignon Hofmeister, C-210/00, Rec. p. I-6453, point 52) (CJUE, 16 Mars 2006, Emsland-Stärke GmbH c/ Landwirtschaftskammer Hannover, C-94/05, point 44)*.

Dans cet ordre d'idées, le **Conseil Constitutionnel** dont les décisions, en vertu de l'article **62, alinéa 3** de la Constitution, « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* », juge que « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice de ce pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis; qu'en particulier doivent être respectés les principes de la*

.../...

nécessité et de la légalité des peines, ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle; (...) CC, décision n°97-389 DC du 22 Avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, consid. 30),

et plus récemment:

« (...) *Considérant qu'il résulte de (l'article 8 DDH qui s'applique) à toute sanction ayant le caractère de punition, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, et de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère; que s'impose en outre le respect des droits de la défense; (...)* » (CC, déc. n°2003-489 DC du 29 Décembre 2003, Loi de finances pour 2004, consid. 11);

« (...) 24. *Considérant que les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel la Nation 'garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé', ne sauraient excuser la fraude ou l'inobservation des règles du code de la sécurité sociale; que, toutefois, il résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, qui s'applique à toute sanction ayant le caractère de punition, qu'une telle sanction ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines et de non-rétroactivité de la règle répressive plus sévère; que s'impose en outre le respect des droits de la défense;*

27. (...) *qu'en outre, l'intéressé pourra contester le bien fondé de la sanction devant le tribunal administratif;*

(...) »

(CC, décision n°2004-504 DC du 12 Août 2004, Loi relative à l'assurance maladie, consid. 22 à 28).

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de réaffirmer tout dernièrement que le **principe de légalité des délits et des peines** s'applique à « *toute sanction ayant le caractère d'une punition* », notamment les **sanctions disciplinaires** :

« (...) »

3. *Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; que les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition ; que le principe de la nécessité des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou administrative en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions ; que, si l'éventualité que soient engagées deux procédures peut ainsi conduire à un cumul des sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ;*

(CC, Décision n° 2012-289 QPC du 17 Janvier 2013, M. Laurent D.)

A l'évidence, la sanction disciplinaire que le Conseil de discipline peut, en application de l'article **22** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, prononcer contre un Avocat à qui une infraction ou une faute professionnelle serait reprochée, constitue une **mesure ayant le caractère d'une punition** dès lors qu'elle est prononcée **en considération** du comportement du professionnel concerné, placé sous la **tutelle** d'un organisme prétendant apprécier l'existence et la gravité d'un manquement à la déontologie.

Le système instauré par les articles **22 à 25-1** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** est la négation pure et simple du **caractère libéral** de l'activité d'Avocat, celle-ci étant, par nature, **exclusive de tout lien de subordination**.

On doit rappeler, dans cet ordre d'idées, que la **tutelle** se définit usuellement comme l'« **Etat de dépendance d'une personne soumise à une surveillance gênante.** » (Dictionnaire Le Robert, 1994, p. 2333, v° **Tutelle**).

Il n'est pas indifférent de relever que dans un sens plus technique, ce terme désigne le régime juridique s'appliquant aux personnes (mineurs, incapables majeurs) ou aux Etats (Charte des Nations Unies) jugés être dans l'**incapacité de se gouverner eux-mêmes**.

A l'opposé, l'indépendance - qui pour l'Avocat est **un droit et une obligation** - se caractérise par l'**autonomie de la volonté** (« *Sapere aude!* », dit Emmanuel KANT: aie le courage de te servir de ton propre entendement!).

La loi ne sera acceptée, dans cette optique, que dans la mesure où son destinataire a eu la possibilité effective de **concourir personnellement à sa formation**, ce qui est un **droit constitutionnel** (art. **6 DDH**) et notamment par l'exercice du **droit à un recours juridictionnel**, garanti par l'article **16 DDH**.

Eu égard au **déclassement professionnel** de l'Avocat qui en résulte, inévitablement et nettement perçu tant par ses confrères, que sa clientèle, qui ne voient plus en lui qu'un **praticien diminué** puisque **privé de son pouvoir d'agir de façon autonome**, la **sanction disciplinaire** ne peut être, dans ces conditions, ressentie que comme une **décision défavorable** justiciable des articles **3 CEDH** (sous l'angle du **traitement dégradant**) et **8 CEDH** (**droit au respect de la vie privée et familiale**, avec ses prolongements dans la **vie professionnelle**).

L'**intention punitive** de la sanction disciplinaire n'est, dans ces conditions, pas sérieusement contestable dès lors qu'elle connote un **comportement déviant** que le Conseil de discipline, censeur de l'Avocat, entend stigmatiser et réprimer comme s'écartant de la **norme professionnelle**, qu'il prétend fixer de façon **arbitraire**, en méconnaissance flagrante du **principe de prééminence du Droit**.

Le **caractère répressif** des articles **22 à 25-1** de la **loi n°1130 du 31 Décembre 1971** ne peut, dès lors, être sérieusement contesté.

Il y a lieu, en tout état de cause, d'observer que la sanction disciplinaire est susceptible de **recours** devant la Cour d'Appel (article **197** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat), preuve, s'il en était besoin, de ce qu'elle **fait grief** à l'Avocat qu'elle vise.

Les articles 7 et 8 DDH doivent, partant, s'appliquer aux dispositions législatives précitées, et ce, sous le contrôle du **Conseil Constitutionnel**, dans le cadre notamment de la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)**.

2-2/ LE REGIME DISCIPLINAIRE INSTAURE PAR LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 MECONNAIT LES DROITS DE LA DEFENSE ET LA LIBERTE D'EXPRESSION CONJUGUES AVEC LE PRINCIPE DE LA LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES GARANTI PAR LES ARTICLES 7 ET 8 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789

A ce propos, il doit être relevé, quant aux conséquences du **principe de la légalité des délits et des peines** « *qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements; (...)* » (CC, décision n°88-248 DC du 17 Janvier 1989, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication, consid. 37).

Le Conseil d'Etat juge, dans le même sens :

« (...) *Considérant qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent; que si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au juge disciplinaire de s'assurer de l'absence d'inadéquation manifeste entre les peines qu'il inflige et les obligations dont elles tendent à réprimer la méconnaissance; (...)* (CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, n°356924; dans le même sens CE, Ass. 07 Juillet 2004, Ministre de l'Intérieur c/ BENKERROU, n°255136).

En outre, il résulte de l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 qu'il appartient au législateur et à lui seul, à peine d'entacher son acte **d'incompétence négative** qui constitue une violation de la Constitution, de fixer les règles concernant « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », au rang desquelles figure la **liberté d'entreprendre** dont procède la liberté d'exercer la profession d'Avocat (art. 4 DDH).

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

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

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

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

En l'espèce, il n'est pas contestable que les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** ni aucune autre disposition législative ne définissent les peines disciplinaires applicables aux Avocats, qui sont précisées, en application de l'article **53, 2°** de ladite loi par l'article **184** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat.

Or, « *la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur* (...) (**CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche**, n°356924).

De même, les griefs dirigés contre l'article **22** de la **loi n°1130 du 31 Décembre 1971** par la QPC renvoyée au Conseil constitutionnel (instance **n°2013-310 QPC**) par arrêt précité de la Cour de cassation en date du **20 Février 2013** peuvent aisément être repris contre l'article **24** de la même loi qui confie au **Conseil de l'Ordre** – et **non pas au Conseil régional de discipline** – le **pouvoir de suspendre de ses fonctions** un Avocat poursuivi pénalement ou disciplinairement « *Lorsque l'urgence ou la protection du public l'exigent* », conditions **trop vagues** et, donc, **insuffisamment définies** pour être appliquées dans le respect du **principe de légalité des délits et des peines**.

Ainsi, le **risque de proximité** peut être, à l'identique, redouté au sein du **Conseil de l'Ordre**, que celui-ci prononce une **peine disciplinaire** (interdiction temporaire ou définitive d'exercer) ou une **mesure de sûreté** (suspension provisoire) qui suppose des poursuites pénales ou disciplinaires :

« (...) *Que la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle allègue une atteinte au principe d'égalité devant la justice ainsi qu'aux droits de la défense et aux principes d'indépendance et d'impartialité en raison du maintien des attributions disciplinaires du conseil de l'ordre du barreau de Papeete, siégeant comme conseil de discipline, pour connaître des infractions et fautes commises par un avocat qui y est inscrit et qui, au au regard du faible nombre d'avocats de ce barreau et contrairement à l'intention du législateur de garantir, par l'institution d'un conseil de discipline unique dans le ressort de chaque cour d'appel, l'impartialité de l'instance disciplinaire, est exposé aux risques de proximité avec les membres qui la composent dans le ressort de la cour d'appel de Papeete ;* (...) »

(**Cass. 1° Civ. 20 Février 2013**, arrêt n°269, pourvoi n°12-40.093)

De surcroît, le principe selon lequel il est satisfait au **principe de légalité des délits et des peines** :

- en matière administrative, par « *la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements;* » (CC, décision n°88-248 DC du 17 Janvier 1989, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication, consid. 37),

- en matière disciplinaire, par la « *référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent;* » (CE, 16 Mai 2012, OUESLATI c/ Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, n°356924),

n'est pas applicable aux **Avocats** ni aux **autorités indépendantes** dont l'existence est consacrée par la **Constitution** que seul le **législateur organique** peut aménager aux fins de satisfaire à « *des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi;* » (CC, décision n°2001-451 DC du 27 Novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, consid. 18; CC, décision n°2012-285 QPC du 30 Novembre 2012, M. Christian S.).

Rien ne peut justifier, dès lors, le régime disciplinaire des **Avocats**, alors que ni le **Défenseur des droits** ni ses **adjoints** n'y sont soumis.

Si l'appartenance à une profession oblige au respect des règles spécifiques à celle-ci (comme le **principe du contradictoire**) et donc à une **déontologie**, le régime disciplinaire – qui est le **prolongement nécessaire du pouvoir hiérarchique** - n'a pas sa place dès lors que la profession concernée se caractérise par son **indépendance, exclusive de tout lien de subordination**.

L'exercice d'une profession indépendante relève, dès lors, directement de la **liberté** dont les bornes « *ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

Concernant l'Avocat, la **liberté d'expression** (articles 10 et 11 DDH) prend une coloration particulière dès lors qu'elle est le **vecteur nécessaire des droits de la défense** et du **droit à un procès équitable** (art. 16 DDH) qu'il a reçu pour **mission constitutionnelle** de mettre en œuvre. Faire redouter à un Avocat, comme le fait expressément l'article 25 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971, des **poursuites disciplinaires** au motif qu'une juridiction estime qu'il « *a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment* » limite de façon **arbitraire** la **liberté d'expression** et, partant, les **droits de la défense**, alors même que l'Avocat a « *le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat* » (Cass. 1° Civ. 04 Mai 2012, Procureur général près la Cour d'Appel de Paris c/ Me SZPNER, n°11-30.193, 481).

La Cour européenne des droits de l'homme fait valoir, à ce titre, que *'dans un procès pénal le principe de l'égalité des armes (art. 6, § 1) milite en faveur d'un libre débat entre les parties et que « la menace d'un contrôle a posteriori des critiques de l'autre partie à une procédure pénale (...) ne peut guère se concilier avec le devoir qui incombe à l'avocat de la défense de défendre avec zèle les intérêts de ses clients » (§ 54). Ce n'est donc que dans « des cas exceptionnels » qu'une restriction à la liberté d'expression d'un avocat de la défense peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (§ 55). En l'espèce, les propos critiques de la requérante ont été tenus dans la salle d'audience, étaient de caractère procédural et ne s'analysaient pas en une insulte personnelle; la Cour conclut donc à une violation de l'article 10.'* »

(**CEDH 21 Mars 2002, Nikula c/ Finlande**, cité in JCP éd. G, n°31-35 du 31 Juillet 2002, I 157, p. 1456; v. dans le même sens **CEDH 28 Octobre 2003, Steur c/ Pays-Bas**).

Dès lors, en s'abstenant de fixer, en matière de **déontologie des Avocats**, « *les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », tâche que l'article 34 de la Constitution lui a confiée et qu'il a, à tort, déléguée au pouvoir réglementaire, le législateur a méconnu le **principe de la légalité des délits et des peines, les droits de la défense et la liberté d'expression**

Il est, ainsi, établi qu'en renvoyant au **pouvoir réglementaire** le soin de fixer les règles auxquels les Avocats pouvaient être assujetties dans l'exercice de leur **mission constitutionnelle de défenseur**, règles dont la détermination n'a été confiée par la **Constitution** qu'à la **loi**, chargée de déterminer « *les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques;* », le législateur a **méconnu sa propre compétence** et violé l'article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958.

Les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi** n°1130 du 31 Décembre 1971, par **l'incompétence négative** dont ils sont entachés, grosse **d'insécurité juridique**, sont **contraires** aux articles **7, 8, 10, 11 DDH** et **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958.

Ces textes devront, en conséquence, être **abrogés** par le **Conseil constitutionnel** auquel la présente **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** devra être renvoyée.

2-3/ LE REGIME DISCIPLINAIRE INSTAURE PAR LES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 MECONNAIT LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE DONT PROCEDE LA LIBERTE D'EXERCER LA PROFESSION D'AVOCAT

« (...) »

–SUR LE GRIEF TIRÉ DE L'ATTEINTE À LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :

6. Considérant que la **liberté d'entreprendre** découle de l'article 4 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** ; qu'il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des **exigences constitutionnelles** ou **justifiées par l'intérêt général**, à la condition qu'il n'en résulte **pas d'atteintes disproportionnées** au regard de l'objectif poursuivi ;

7. Considérant, d'une part, que la **liberté d'entreprendre** comprend non seulement la **liberté d'accéder à une profession** ou à une activité économique **mais également la liberté dans l'exercice de cette profession** ou de cette activité; que, par suite, la circonstance que l'affiliation à une corporation obligatoire ne conditionne pas l'exercice d'une profession mais en découle, n'a pas pour effet de rendre inopérant le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre ; (...)

(CC, décision n°2012-285 QPC du 30 Novembre 2012, M. Christian S.)

- On sait, à cet égard, qu'est entachée d'**incompétence négative** la loi par laquelle le législateur délègue à une autre autorité le pouvoir d'encadrer l'exercice de la liberté d'entreprendre :

« (...) que, si le législateur a ainsi préservé les droits de la propriété intellectuelle, **il a entièrement délégué le pouvoir** d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté d'atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration de 1789; que, par suite, **le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence**; qu'il en résulte que l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques doit être déclaré contraire à la Constitution; (...) » (CC, décision n°2010-45 QPC du 06 Octobre 2010, M. Mathieu P., consid. 5).

Le même grief d'**incompétence négative** peut être adressé à l'article 53, 2° de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 qui délègue au pouvoir réglementaire le soin de préciser « **Les règles de déontologie, ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires**; ».

- En outre, les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°1130 du 31 Décembre 1971** méconnaissent les **principes constitutionnels de clarté et de précision** dès lors que s'ils prévoient l'existence d'un « *Conseil de discipline* » (art. **22** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**), ils ne fixent **ni incrimination ni sanction** dont la détermination a été laissée à la **discrétion du pouvoir réglementaire** (art. **53, 2°** de la loi).

Il n'est, donc, pas possible de connaître à l'avance, de façon claire et précise, le comportement précis qu'il est interdit à l'Avocat d'adopter dans son exercice professionnel, ce qui caractérise, comme susdit, une **violation du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines**.

Il est, en effet, jugé par le Conseil constitutionnel que doivent être déclarées contraires à l'article **34** de la Constitution des limitations à la liberté d'entreprendre qui ne sont pas énoncées **de façon claire et précise** (**CC, décision n°2000-435 DC du 07 Décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, consid. 53**).

- Au surplus, les dispositions législatives attaquées contreviennent au **principe de proportionnalité**.

Le Conseil constitutionnel juge, à cet égard :

«(...) **18. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi;**

(...) »

(**CC, décision n°2001-451 DC du 27 Novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, consid. 18**).

«(...) **4. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi;**

(...)

(**CC, décision n°2010-55 QPC du 18 Octobre 2010, M. Rachid M. et autres, consid. 4**)

En l'occurrence, les atteintes réalisées par les textes susmentionnés à la liberté d'exercer la profession d'avocat ne sont pas pour autant **proportionnées** à l'objectif d'assurer aux justiciables des prestations juridiques de qualité.

En effet, la sanction disciplinaire frappe le praticien dans son **exercice professionnel sans nécessité** dès lors que **d'autres mesures plus appropriées** s'offraient au législateur et au pouvoir réglementaire, notamment la **sanction procédurale des infractions déontologiques**.

LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 EST NOUVELLE AU REGARD DU DROIT CONSTITUTIONNEL DE CONCOURIR PERSONNELLEMENT A LA FORMATION DE LA LOI (ARTICLE 6 DDH)

On doit, ici, rappeler, au vu notamment des allégations erronées de Madame la Garde des sceaux (mémoire en défense communiqué le 19 Mars 2013, page 3/6), la définition que le **Conseil constitutionnel** donne de la **nouveauté** de la **QPC**:

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

Dans cet ordre d'idées, il n'est pas sérieusement contestable que le **droit constitutionnel de concourir personnellement à la formation de la loi**, consacré par l'article 6 DDH n'a pas, à ce jour, été appliqué, dans le cadre d'une instance, combiné avec l'article 16 DDH garantissant à tous le **droit à un recours juridictionnel effectif**.

Or, l'article 6 DDH est sans ambiguïté, quant à la faculté ouverte aux citoyens par le Constituant de concourir « **personnellement** » - et non pas uniquement « **par leurs représentants** » à la formation de la loi :

« *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. (...)* »

Combiné avec l'article 16 DDH qui garantit le **droit à un recours juridictionnel effectif**, l'article 6 DDH autorise la saisine du juge pour que celui-ci, comme en l'espèce, constate la **nécessité de l'édition d'une norme générale** par l'autorité compétente, ainsi que le demandent pertinemment les **époux BRACA**. Ceux-ci exercent, ainsi, par le truchement de **l'injonction** qui devra être adressée au **Premier ministre** aux fins d'édicter le décret objet du **recours pour excès de pouvoir**, leur **droit de concourir à la formation de la norme réglementaire** dont l'application aux faits qui les intéressent est **nécessaire à la sauvegarde de leurs droits**.

La **QPC** des articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la loi n°1130 du 31 Décembre 1971 est, donc, **nouvelle** au sens et pour l'application de l'article 23-5 de la LOCC et mérite, partant, de ce chef, également, d'être **renvoyée au Conseil constitutionnel**.

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

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

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

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

*

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

La **question prioritaire de constitutionnalité** procède de cette même idée dès lors que par le recours juridictionnel (« **recours d'utilité publique** », selon la pertinente formule que le **Professeur René CHAPUS** applique au **recours pour excès de pouvoir**), le **citoyen justiciable** participe à la **réforme du droit positif** et à l'**abrogation d'une loi inconstitutionnelle**.

*

Dans ces conditions, il est établi, qu'en légiférant comme il l'a fait aux articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°1130 du 31 Décembre 1971**, le législateur a méconnu les **droits et libertés que la Constitution garantit**, comme ci-dessus explicité, dans le chef, en particulier, des requérants dès lors que ces dispositions législatives sont susceptibles de contrarier la présentation de leur moyen de défense.

Comme le dit l'adage « *Donner et retenir ne vaut* » (Loysel, 659), il ne servirait de rien, dans une **Société démocratique**, comme l'est et doit le demeurer **la France**, de reconnaître solennellement aux citoyens des « *droits naturels, inaliénables et sacrés* », ainsi que le fait le préambule de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, si ceux-ci, ne pouvaient utilement s'en prévaloir devant les tribunaux.

Les **dispositions législatives présentement contestées** devront, en conséquence, être **déclarées inconstitutionnelles** par le **Conseil constitutionnel** et **abrogées** à compter de la publication de sa décision, Haut Conseil auquel il convient que le **Conseil d'Etat** renvoie la présente **question prioritaire de constitutionnalité, avant de prononcer, en application de de l'article 23-5, alinéa 4 LOCC, le sursis à statuer sur le recours pour excès de pouvoir des requérants dont il sera prochainement saisi.**

*

3/ L'INCONVENTIONNALITE DES ARTICLES 3, ALINEA 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 A 25-1 ET 53 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

L'analyse juridique révèle que les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 sont **incompatibles** avec :

- la **liberté professionnelle** et le **droit de travailler** garantis par l'article **15** de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** du 12 Décembre 2007 (**CDFUE**), d'une part, la **liberté d'entreprise** garantie par l'article **16** de la **CDFUE**, d'autre part (**3-3-1-3-1**);

- le **droit au respect de la vie privée et familiale** garanti par les articles **8** de la **Convention européenne des droits de l'homme** (**CEDH**), l'article **17** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966 (**PIDCP**), **7** et **33** **CDFUE**, pour les litiges à objet extra-patrimonial (**3-3-1-3-2**);

- le **droit au respect des biens** garanti par les articles **17 DDH, 1er** du **Premier Protocole additionnel à la CEDH, 17 CDFUE**, concernant les litiges à objet patrimonial et en raison du manque à gagner (**3-3-1-3-3**).

3-3-1-3-1/ La liberté professionnelle et le droit de travailler garantis par l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 Décembre 2007 (CDFUE), d'une part, la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la CDFUE, d'autre part

Il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, qu'aux termes de l'article **52** de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** du 12 Décembre 2007 (**CDFUE**) :

« 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

(...) »

On doit ajouter qu'aux termes de l'article **6 § 1** du **Traité sur l'Union européenne (TUE)** issu du **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009 :

*« L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. (...) »*,

le **droit d'établissement** et la **liberté de prestation des services** étant garantis, de même, respectivement par les articles **49** et suivants, d'une part et **56** et suivants du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)** issu du **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009.

La jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)** éclaire le **contrôle de proportionnalité** :

« **63. - Jurisprudence communautaire** - Pour le juge communautaire, *"des restrictions peuvent être apportées au droit d'exercer librement une activité professionnelle, [...] à condition que ces restrictions répondent effectivement à des **objectifs d'intérêt général** poursuivis par la Communauté européenne et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une **intervention démesurée et intolérable** qui porterait atteinte à la **substance même des droits ainsi garantis"** (CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold : Rec. CJCE 1974, p. 491. - CJCE, 11 juill. 1989, aff. 265/87, Schröder : Rec. CJCE 1989, p. 2237, pt 15. - CJCE, 13 juill. 1989, aff. 5/88, Wachauf : Rec. CJCE 1989, p. 2609, pt 18. - CJCE, 10 janv. 1992, aff. C-177/90, Kühn : Rec CJCE 1992, I, p. 35, pt 16. - CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-280/93, Allemagne c/ Cons. UE : Rec CJCE 1994, I, p. 4973, pt 78. - CJCE, 13 déc. 1994, aff. C-306/93, SMW Winzersekt, préc. supra n° 43. - CJCE, 17 oct. 1995, aff. C-44/94, Fishermen's Organisations e.a. : Rec CJCE 1995, I, p. 3115, pt 55. - CJCE, 28 avr. 1998, aff. C-200/96, Metronome Musik : Rec. CJCE 1998, I, p. 1953, pt 21). Une fois l'ingérence constatée, le juge a pu se borner à exercer un contrôle restreint, c'est-à-dire vérifier qu'une intervention ne présente pas un *"caractère manifestement inapproprié"* (CJCE, 13 déc. 1994, aff. C-306/93, SMW Winzersekt, pt. 27, préc. supra n° 43), mais s'oriente de plus en plus vers un **plein contrôle de proportionnalité**.*

64. - À ce titre, les atteintes dont font l'objet des intérêts juridiques protégés ne sont justifiées que lorsqu'elles sont **proportionnées**, c'est-à-dire si, premièrement, elles poursuivent un **objectif d'intérêt général**, deuxièmement, elles sont **appropriées à la réalisation de cet objectif**, troisièmement, elles sont **nécessaires à cette fin** et, quatrièmement, elles sont **adéquates**. Ainsi que l'indique la Cour de justice, *"s'agissant du principe de proportionnalité, il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, ce principe, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les mesures concernées ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour réaliser les objectifs poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante"* (CJCE, 9 sept. 2004, aff. C-184/02 et aff. C-223/02, Royaume Espagne et Rép. Finlande c/ PE et Cons. UE, pt. 57, préc. supra n° 38. - CJCE, 16 déc. 1999, aff. C-101/98, UDL : Rec. CJCE 1999, I, p. 8841, pt 30. - CJCE, 12 mars 2002, aff. C-27/00 et aff. C-122/00, Omega Air e.a. : Rec. CJCE 2002, I, p. 2569, pt 62). Relayant cette jurisprudence, l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que *"toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui"*.

(Guylain CLAMOUR, Professeur à l'Université de droit de Grenoble Fasc. 1340 : **LIBERTÉS PROFESSIONNELLES ET LIBERTÉ D'ENTREPRISE**)

En l'occurrence, comme démontré précédemment, les dispositions législatives attaquées limitent de façon arbitraire le libre exercice de la profession d'Avocat et sont contraires aux articles **15** et **16 CDFUE**, d'une part, **49** et **56 TFUE**, d'autre part.

3-3-1-3-2/ Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par les articles 8 CEDH, 17 PIDCP, 7 et 33 CDFUE, pour les litiges à objet extra-patrimonial

Il n'est pas sérieusement contestable que la sanction disciplinaire visant un Avocat est une **mesure afflictive** en ce qu'elle frappe le praticien dans sa vie professionnelle et **infamante** en ce qu'elle flétrit son honneur et sa réputation professionnelle.

Une telle mesure atteint de façon substantielle le **droit au respect de la vie privée et familiale** en raison des **troubles graves apportés aux conditions d'existence de l'Avocat poursuivi et de sa famille** (v. CE, ord. Référé, 1er Février 2002, FREHEL, n°241204).

3-3-1-3-3/ Le droit au respect des biens garanti par les articles 17 DDH, 1er du Premier Protocole additionnel à la CEDH, 17 CDFUE, concernant les litiges à objet patrimonial et en raison du manque à gagner

La sanction disciplinaire de **l'interdiction temporaire ou définitive (radiation)** - qui peut être précédée d'une suspension provisoire décidée sur le fondement de l'article 24 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 – empêche l'Avocat concerné d'exercer sa profession et **le prive, en conséquence, de toute ressource financière.**

L'atteinte substantielle au **droit au respect des biens** est, ainsi, caractérisée.

II-C-1-a-iii/ L'INAPTITUDE DU REGIME DISCIPLINAIRE A REDRESSER LES INFRACTIONS AUX REGLES DEONTOLOGIQUES DES AVOCATS

Il apparaît, en effet, que la **restriction** instaurée par le régime disciplinaire critiqué à la libre prestation de services de l'Avocat n'est **nullement justifiée** au regard des **critères** dégagés par la jurisprudence de la **Cour de Justice des Communautés Européennes**.

En effet, « conformément à une jurisprudence constante, la **restriction** n'échappera à l'interdiction édictée par l'article 59 que si **quatre conditions** sont remplies, à savoir qu'elle s'applique de **manière non discriminatoire**, qu'elle se justifie par des **raisons impérieuses d'intérêt général**, qu'elle est **propre à garantir la réalisation de l'objectif** qu'elle poursuit et qu'elle **ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire** pour l'atteindre (voir arrêt **Gebhard**, précité, point 37). A cet égard, la Cour a également précisé que **la libre prestation de services ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général**, dans la mesure où cet intérêt n'est pas **sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi** (voir, en ce sens, arrêts du 26 février 1991, *Commission/Italie*, C-180/89, Rec. p. I-709, point 17, et *Commission/Grèce*, C-198/89, Rec. p. I-727, point 18, et du 9 août 1994, *Vander Elst*, C-43/93, Rec. p. I-3803, point 16). »

(**CJCE 12 Décembre 1996, Reisebüro Broede c. Gerd Sandker**, affaire C-3/95).

Plus récemment, le juge communautaire a réaffirmé que **la libre prestation de services** constituait une **liberté fondamentale garantie** par le Traité de Rome et qu'à cet égard, « **des mesures restrictives de la libre prestation de services ne peuvent être justifiées par des motifs liés à l'ordre public que si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts** qu'elles visent à garantir et **seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives** (v., en ce qui concerne la libre circulation des capitaux, arrêt *Eglise de scientologie*, préc., pt 18). »

(**CJCE, 1ère Ch. 14 Octobre 2004 Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn**, aff C-36/02, point 36).

- Pour ce qui est, d'une part, de la condition tenant à l'existence de **raisons impérieuses d'intérêt général**, on peut admettre que les articles **9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** ont pour but la **protection des destinataires des services**, en l'occurrence, les **justiciables**, en droit d'attendre une **nécessaire garantie d'intégrité** et de **respect d'une déontologie**, de même qu'une **bonne administration de la justice**, qui constituent des **intérêts légitimes** pouvant être pris en compte par un Etat membre (v. arrêt précité **CJCE 12 Décembre 1996, Reisebüro Broede c. Gerd Sandker**, affaire C-3/95, point 36).

- S'il est vrai, de deuxième part, en ce qui concerne la **condition de nécessité** et de **proportionnalité** de la mesure, qu'en « *l'absence de règles communautaires spécifiques en la matière, chaque Etat membre a la liberté de réglementer l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire (voir arrêt du 12 juillet 1984, **Klopp**, 107/83, Rec. p. 2971, point 17)* » (v. arrêt précité **CJCE 12 Décembre 1996, Reisebüro Broede c. Gerd Sandker**, affaire C-3/95, point 37), il n'en demeure pas moins que « **le droit communautaire pose des limites à l'exercice de cette compétence par les Etats membres, dans la mesure où les dispositions nationales adoptées à cet égard ne sauraient constituer une entrave à l'exercice effectif des libertés fondamentales garanties par les articles 48 et 52 du traité (voir, en ce sens, arrêt du 15 Octobre 1987, **Heylens e.a.**, 222/86, Rec. p. 4097, point 11) (**CJCE 31 Mars 1993, Kraus**, affaire C-19/92, point 28)**.

Or, en l'espèce, il n'est pas du tout établi que le **droit disciplinaire** tel qu'il est conçu par le droit positif français serait **l'unique moyen** de procurer aux consommateurs de droit les garanties **d'intégrité** et de respect de la **déontologie** auxquelles ils peuvent aspirer.

Abonder dans ce sens serait occulter totalement les **dispositions de droit commun** régissant les **responsabilités civile** et **pénale** auxquelles sont soumis les Avocats.

Ainsi, de **strictes conditions** sont **d'ores et déjà** posées par le droit positif français aux fins **d'accéder à la profession d'Avocat**.

A cet égard, aux termes de l'article 11 de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**:

« **Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit les conditions** suivantes:

(...)

2° être **titulaire**, sous réserve des dispositions réglementaires prises pour l'application de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005, et de celles concernant les personnes ayant exercé certaines fonctions ou activités en France, d'au moins **une maîtrise en droit** ou de titres ou diplômes reconnus comme équivalents pour l'exercice de la profession par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé des universités;

3° être titulaire du **certificat d'aptitude à la profession d'avocat**, sous réserve des dispositions réglementaires mentionnées au 2°, ou dans le cadre de la réciprocité, de l'examen prévu au dernier alinéa du présent article;

(...) »

L'article 12 alinéa 1er de la loi susmentionnée dispose, quant à lui:

« (...) la **formation professionnelle** exigée pour l'exercice de la profession d'avocat est subordonnée à la **réussite à un examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle** et comprend une **formation théorique et pratique** d'une durée d'au moins dix-huit mois, sanctionnée par le **certificat d'aptitude à la profession d'avocat**. »

On peut, dans cet ordre d'idées, se reporter aux dispositions statutaires des **magistrats** lesquelles prévoient, en ce qui concerne **l'accès à la magistrature**, une **condition de diplôme équivalente** à celle des Avocats.

Ainsi, l'article **16** de l'**ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au **statut de la magistrature** dispose:

« *Les candidats à l'auditorat doivent:*

*1° être titulaires d'un diplôme sanctionnant une **formation d'une durée au moins égale à quatre années d'étude après le baccalauréat**, que ce diplôme soit national, reconnu par l'Etat ou délivré par un Etat membre de la Communauté européenne et considéré comme équivalent par le ministre de la justice après avis d'une commission dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat, ou d'un diplôme délivré par un institut d'études politiques, ou encore avoir obtenu le certificat attestant la qualité d'ancien élève d'une école normale supérieure. Cette exigence n'est pas applicable aux candidats visés aux 2° et 3° de l'article 17 (2) et (3).*

(...) »

De plus, les Avocats **prêtent serment** en ces termes:

« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec **dignité, conscience, indépendance, probité et humanité.*** » (article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971).

Il résulte, ainsi, des dispositions législatives en vigueur que **l'accès à la profession d'avocat et son exercice** sont soumis en France à la réunion de **conditions propres à garantir** aux justiciables que leurs intérêts seront défendus avec **sérieux, compétence et dans le respect d'une déontologie** sanctionnée par le **droit commun, sans qu'il soit besoin d'ajouter d'autres sanctions disciplinaires.**

Il y a lieu, ici, de rappeler que de façon générale, lorsque le **législateur communautaire** est confronté à un **choix normatif**, il lui appartient de réaliser une **pondération complexe** entre différents intérêts (v. **CJCE 25 Avril 2002, Commission c. République française**, affaire C-52/00, point **29**).

Il doit en aller de même du **législateur national**, surtout quand celui-ci prend l'initiative de légiférer, **sans y être invité par une directive communautaire**, dès lors qu'en toute hypothèse il ne saurait s'affranchir du **respect du droit communautaire** (v. **CJCE 31 Mars 1993, Kraus**, affaire C-19/92, point **28**).

C'est signifier, en l'occurrence, que si elle entendait **adopter une législation** en ce qui concerne les **Avocats** et plus particulièrement les **garanties déontologiques** que ceux-ci doivent apporter aux justiciables dans l'exercice de leur mission, la France aurait dû placer dans la balance les intérêts en présence suivants:

- d'une part, l'attente légitime des justiciables d'une **prestation de qualité;**
- de deuxième part, la prise en considération de la **spécificité de la profession d'avocat;**

.../...

- de troisième part, les moyens de réaliser et de conserver **une nécessaire concurrence entre les Avocats**, surtout quand leurs prestations relèvent du champ d'application de la **directive n°2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 Mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

En ce qui concerne, plus particulièrement, le deuxième terme de la proposition, il y a lieu de rappeler que les Avocats se caractérisent, plus que tous autres professionnels libéraux par leur **indépendance absolue**, celle-ci ayant pour corollaire nécessaire une **immunité** pour les actes de leurs fonctions, à l'identique de celle dont bénéficient les **magistrats**.

Il est, ainsi, bien entendu que la qualité **d'indépendance** est non seulement un **droit** mais aussi un **devoir** pour l'Avocat, relevant, dès lors, de l'**intérêt général**.

Or, cette indépendance est indubitablement **atteinte** quand un Avocat peut craindre, à tout moment, une **sanction disciplinaire** pouvant conduire à l'**empêchement d'exercice**, infligée par ceux de ses **concurrents** qui composeront le Conseil de discipline visé à l'article **22** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971, prononcée au regard de notions aussi **floues** que « *le manquement à la délicatesse* ».

En effet, dans une telle hypothèse, l'Avocat se trouverait à l'égard de son Ordre et du Conseil de discipline dans une situation de **subordination** totalement **incompatible** avec le principe d'**indépendance**.

On doit ajouter qu'à l'inverse, en l'absence de droit disciplinaire, les justiciables ne seraient pas pour autant démunis de toute **voie de recours** à l'encontre de l'Avocat défaillant qui aurait manqué à l'un de ses devoirs professionnels dès lors que la personne lésée aurait le choix de l'action à entreprendre, sur un plan **civil** ou **pénal**.

C'est dire qu'en **ajoutant à la responsabilité civile et pénale**, une **responsabilité disciplinaire**, le législateur français est allé **au-delà de ce qui est strictement nécessaire** pour atteindre l'objectif de protection des destinataires des services juridiques et de bonne administration de la justice.

La mesure législative attaquée se trouve, partant, **disproportionnée** et **non nécessaire** à la réalisation du but légitime fixé par la France, l'intérêt des justiciables et d'une bonne administration de la justice étant **déjà satisfaits**, comme ci-dessus établi, par la mise en oeuvre du **droit commun**.

- De troisième part, la mesure législative concernée **n'est pas propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi**.

En effet, la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 se révèle **totalement inapplicable** dans la réalité des faits.

Ainsi, d'une part, la victime alléguée d'une faute déontologique commise par un Avocat **n'a pas accès à la procédure disciplinaire**, dès lors qu'aux termes de l'article **196 alinéa 2** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991**, « *Le **plaignant** est informé du dispositif de la décision lorsque celle-ci est **passée en force de chose jugée**.* ».

D'autre part, eu égard à la compétence seulement **régionale** du conseil de discipline (alors qu'en ce qui concerne les magistrats, le Conseil supérieur de la magistrature a **compétence nationale**), il est à craindre que des **disparités** ne s'instaurent entre les différentes instances disciplinaires, outre le **risque de partialité**, notamment, en raison de la qualité des protagonistes qui ont pu entretenir des **différends d'ordre professionnel**, aucune disposition ne prévoyant en cas de **suspicion légitime**, le renvoi à un autre Conseil de discipline.

Il est bien établi, partant, que la mesure législative critiquée instaurant une procédure disciplinaire pour les Avocats inscrits au tableau de l'ordre **n'est pas de nature**, en tout état de cause, à satisfaire l'intérêt légitime qu'elle est censée protéger.

- En outre, elle se révèle **discriminatoire** à un double titre.
 - En premier lieu, les **Avocats établis en France** se trouvent, du fait de la législation en cause **défavorisés** par rapport à leurs confrères établis dans d'autres Etats membres.

Il est utile, à ce propos, de se reporter au **titre V** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat relatif à « L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT PAR LES RESSORTISSANTS DES ETATS MEMBRES DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNE ET DE LA CONFEDERATION SUISSE » dont l'article **200** dispose:

*« Le présent titre est applicable aux avocats ressortissants de l'un des Etats membres de la Communauté européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ayant acquis leur qualification dans l'un de ces Etats membres autres que la France ou dans la Confédération suisse, venant accomplir à **titre permanent ou occasionnel**, sous leur titre professionnel d'origine, leur **activité professionnelle en France**.* »

On doit rappeler que la rédaction initiale du texte national (article **126-2, premier alinéa** du **décret n°72-468 du 9 Juin 1972** modifié par le **décret n°79-233 du 22 Mars 1979**) transposant la **directive** du **22 Mars 1977** tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, avait dû être modifiée après que par son arrêt rendu le **10 Juillet 1991** (**Commission c. France**, affaire C-294/89) la **Cour de Justice des Communautés Européennes** eut jugé que la France avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles **49** (ex-art. 59) et **50** (ex-art. 60) du traité CEE et de la directive précitée, notamment en privant les **ressortissants français** qui exercent la profession d'avocat dans un Etat membre autre que la République française du bénéfice des dispositions relatives à la **libre prestation de services** en France par les avocats.

De fait, le système induit par le **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991, notamment son article **204**, avant sa modification par le **décret** n°2004-1123 du 14 Octobre 2004 relatif aux conditions d'inscription et d'exercice des avocats ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou de la Confédération suisse, puis l'article **202-3**, depuis lors, par lequel a été transposée la **directive** n°77-249 CEE du Conseil des Communautés européennes du 22 Mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, conduit à une **discrimination à rebours**, c'est dire une discrimination opérée par **l'Etat d'origine** à l'encontre des avocats qui y sont établis.

Il résulte, en effet, de la disposition réglementaire précitée (nouvel article **202-3** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991) qui applique la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971, qu' « *En cas de manquement par les avocats mentionnés à l'article 202 aux dispositions du présent décret, ceux-ci sont soumis aux dispositions des articles 180 et suivants relatifs à la discipline des avocats inscrits à un barreau français. Toutefois, pour l'application de l'article 184, les **peines disciplinaires de l'interdiction temporaire et de la radiation du tableau ou de la liste du stage** sont remplacées par la peine de **l'interdiction provisoire ou définitive d'exercer, en France, des activités professionnelles.** (...) »*

Or, la directive précitée que le décret attaqué était censé mettre en oeuvre prévoit en son article 7 § 2:

*« En cas de **manquement aux obligations** en vigueur dans l'Etat membre d'accueil, prévues à l'article 4, l'autorité compétente de ce dernier **en détermine les conséquences** suivant **ses propres règles de droit et de procédure** et, à cette fin, elle peut **obtenir communication des renseignements professionnels utiles concernant le prestataire.** Elle informe l'autorité compétente de l'Etat membre de provenance de toute **décision** prise. Ces communications n'altèrent pas le caractère confidentiel des renseignements fournis. »*

Il résulte de ce texte qu'il appartient, en France au Conseil de discipline puis à la Cour d'Appel territorialement compétents, de **prendre une décision** concernant l'Avocat communautaire venu accomplir une prestation de services en France et ayant commis une faute disciplinaire sur le territoire national, sans **qu'aucune restriction de territorialité** ne soit prévue par la directive quant aux **effets** de pareille décision.

De plus, contrairement à la directive **98/5/CE** du Parlement européen et du Conseil du 16 Février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, **l'Etat membre de provenance** n'est compétent pour prendre **aucune décision**.

C'est dire qu'en **limitant au territoire de la République française** les effets de l'interdiction provisoire ou définitive prononcée contre un Avocat établi à titre permanent dans un Etat membre autre que la France, le décret attaqué **a ajouté une restriction que la directive ne prévoyait pas**, avec pour conséquence de **pénaliser les Avocats établis à titre permanent en France**, cette transposition incorrecte de ladite directive étant de nature à ouvrir un **recours en manquement** (cf. **CJCE Commission c/ France, 25 Avril 2002, C-52/00**) et à engager la **responsabilité** de la France devant ses propres juridictions nationales.

Ainsi, un Avocat établi à titre permanent dans un Etat membre autre que la France venant accomplir à **titre occasionnel** sous son titre d'origine son activité professionnelle en France et qui y aurait subi une interdiction provisoire ou définitive **ne sera pas empêché** de continuer son exercice dans son pays d'origine ou dans un autre Etat membre autre que la France, alors que son confrère, ayant, par exemple, plaidé le même dossier, établi à titre permanent en France, **sera lui empêché** d'exercer sur **tout le territoire de l'Union européenne** dès lors qu'il ne sera plus habilité à exercer ses activités professionnelles, au sens de l'article **1er § 2** de la **directive n°77-249 CE** du 22 Mars 1977 précitée.

En revanche, l'avocat communautaire venu exercer en France en prestation de services ne pourra pas être poursuivi par l'autorité compétente de l'Etat de provenance qui n'a reçu **aucun pouvoir** à cet effet de la directive, de telles poursuites contrariant, en tout état de cause, le principe **ne bis in idem** qui **interdit le cumul de poursuites** pour les mêmes faits.

De plus, dans ce cas, le système prévu par l'article **7** de la **directive 98/5/CE** du Parlement européen et du Conseil du 16 Février 1998 – prévoyant une compétence concurrente, en cas d'infraction disciplinaire, de l'Etat membre d'accueil et de l'Etat membre d'origine, avec prépondérance de la décision prise par l'autorité compétente de celui-ci - **ne serait pas applicable** en raison des dispositions de l'article **1 § 4** de la même directive aux termes desquelles:

« L'exercice de la profession d'avocat, au sens de la présente directive, ne vise pas les prestations de services qui font l'objet de la directive 77/249/CEE. »

- En second lieu, comme susdit, **les magistrats sont soumis à un régime disciplinaire beaucoup** plus favorable que celui auquel sont, à tort, assujettis les avocats alors que ceux-ci participent de façon nécessaire au **fonctionnement du service public de la justice** et **ne sont pas les subordonnés des magistrats**.

En l'occurrence, la **discrimination** se révèle, comme ci-dessous analysée.

Le maintien dans le droit positif de **dispositions disciplinaires** concernant les Avocats ne peut procéder que d'un **corporatisme archaïque** contraire à la **mission de défense** que la loi leur donne et que le Juge constitutionnel reconnaît comme étant de **rang constitutionnel**.

Le caractère **infantilisant** du droit positif inspiré par le **caporalisme** doit, ici, être dénoncé ainsi que la **fausse conception** selon laquelle le Bâtonnier serait le père du Barreau, comme le Colonel le père du Régiment.

En effet, un Avocat dont la mission légale est de porter la **parole** du justiciable ne peut être comparé à un soldat, ni le Barreau à « *la Grande Muette* ».

Le Bâtonnier qui « *représente le barreau dans tous les actes de la vie civile* » n'est pas davantage le supérieur hiérarchique de ses confrères, mais plutôt leur **concurrent direct**.

Dès lors, le concept même de **droit disciplinaire**, celui-ci se définissant par son objet, savoir « *l'infliction de sanctions disciplinaires* » pouvant aller jusqu'à **l'exclusion** de la personne du groupe intéressé, la plupart du temps professionnel » (**Monsieur Joël MORET-BAILLY** in Dictionnaire de la Justice, PUF 2004, v°Discipline, p. 332) pose problème s'agissant de **professionnels libéraux et indépendants** que sont les Avocats.

On ne saurait, en effet, sérieusement imaginer de **sanctions disciplinaires** contre des **syndicats** qui ont pour mission la défense des intérêts collectifs des travailleurs, ni même contre le **Ministère public**, pris en tant qu'entité indivisible, chargé de porter l'**accusation publique** et dont, cependant, le lien avec le **service public de la justice** n'est pas sérieusement contestable, circonstance qui confirme que la participation au service de la justice ne saurait nullement justifier l'assujettissement des Avocats à un quelconque régime disciplinaire dont la mise en oeuvre serait, de surcroît, confiée à **une des parties au procès**.

Or, aux termes de l'article **22** de la loi précitée tel que modifiée par la **loi n°2004-130 du 11 Février 2004**:

« *Un conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.*
(...) »

L'article **23** de la même loi dispose:

« *L'instance disciplinaire compétente en application de l'article 22 est saisie par le procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle est instituée ou le bâtonnier dont relève l'avocat mis en cause.*
(...) »

L'article **24** poursuit:

« *Lorsque l'urgence ou la protection du public l'exigent, le conseil de l'ordre peut, à la demande du procureur général ou du bâtonnier, suspendre provisoirement de ses fonctions l'avocat qui en relève lorsque ce dernier fait l'objet d'une poursuite pénale ou disciplinaire. Cette mesure ne peut excéder une durée de quatre mois renouvelable.*
(...) »

Quant à l'article **25** du texte susvisé, il précise:

« *Toute juridiction qui estime qu'un avocat a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment, peut saisir le procureur général en vue de poursuivre cet avocat devant l'instance disciplinaire dont il relève.*
(...) »

La comparaison du statut applicable aux **magistrats** nécessite de considérer, notamment, la **Constitution** du 4 Octobre 1958 et l'**ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant **loi organique** relative au statut de la magistrature.

Article **34** de la Constitution:

« *La loi fixe les règles concernant:*

(...)

*la création de nouveaux ordres de juridiction et le **statut des magistrats**;*

(...) »

Article **64**:

« *Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.*

Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature.

Une loi organique porte statut des magistrats.

*Les magistrats du siège sont **inamovibles**.* »

Article **65**:

« *Le **Conseil supérieur de la magistrature** comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.*

(...) »

On peut, en outre, se reporter aux dispositions de l'**ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

On peut lire, sous le chapitre VII consacré à la **discipline**:

Article **43**:

« *Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire.*

(...) »

Article **48**:

« *Le **pouvoir disciplinaire** est exercé, à l'égard des magistrats du siège, par le **conseil supérieur de la magistrature** et à l'égard des magistrats du parquet ou du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice, par le garde des sceaux, ministre de la justice.*

(...) »

Article **50**:

« (...)

*Si, à l'expiration d'un délai de **deux mois** suivant la notification de l'interdiction temporaire prononcée par le conseil de discipline, le Conseil supérieur de la magistrature n'a pas été saisi par le garde des sceaux, ministre de la justice, dans les conditions prévues aux articles 50-1 et 50-2, l'interdiction temporaire cesse de plein droit de produire ses effets.* »

Article 50-1:

« *Le Conseil supérieur de la magistrature est saisi par la dénonciation des faits motivant les poursuites disciplinaires que lui adresse **le garde des sceaux, ministre de la justice.** »*

Article 50-2:

« *Le Conseil supérieur de la magistrature est également saisi par la dénonciation des faits motivant les poursuites disciplinaires que lui adressent **les premiers présidents de cour d'appel** ou les présidents de tribunal supérieur d'appel.
(...) »*

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions une **discrimination** entre les statuts respectifs des **magistrats** et des **avocats**:

- d'une part, le statut des magistrats dont l'existence est reconnue par la **Constitution**, est le seul statut de la fonction publique française à être, de surcroît, fixé par une **loi organique**, le constituant ayant entendu, ainsi, accroître les **garanties** d'ordre statutaire applicables aux magistrats.

A l'inverse, l'existence statutaire des Avocats ne relève que de la **loi** (**loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), alors même que comme susdit, la **mission de défense de l'Avocat** est reconnue comme ayant **pleine valeur constitutionnelle** (**CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes) et devrait, en conséquence, être aménagée par la **loi organique**.

- de deuxième part, alors que les magistrats du siège relèvent d'une instance disciplinaire **nationale**, le **Conseil supérieur de la magistrature** (C.S.M.), les avocats sont justiciables d'un **conseil de discipline régional** – sauf à Paris où le Conseil de l'Ordre conserve sa compétence disciplinaire - institué dans le ressort de la **Cour d'appel** où leur Barreau d'appartenance se trouve établi;
- de troisième part, si l'**interdiction temporaire** qui peut être prononcée contre un magistrat du siège faisant l'objet d'une enquête « **ne comporte pas privation du droit au traitement** » et « **cesse de plein droit de produire ses effets** » à l'expiration d'un délai de **deux mois** sans que le Conseil supérieur de la magistrature ait été saisi par le Garde des sceaux, ministre de la justice à fins disciplinaires, la **suspension provisoire** d'un avocat faisant l'objet d'une poursuite pénale ou disciplinaire qui **prive celui-ci de toute rémunération** est fixée à **quatre mois** et peut être **renouvelée, sans limite de temps**;
- de quatrième part, tandis que l'instance disciplinaire concernant les magistrats naguère **totale­ment fermée aux tiers plaignants** ne leur est ouverte que devant le **Conseil supérieur de la magistrature** dont « **la décision de rejet n'est susceptible d'aucun recours** » (article **50-3, dernier alinéa** de l'**ordonnance n°58-1270 du 22 Décembre 1958** portant loi organique relative au statut de la magistrature), ceux-ci sont **informés** de la décision prise en matière disciplinaire lorsqu'elle est **passée en force de chose jugée** (article **196 alinéa 2** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991**) et donc **pas nécessairement irrévocable**;

- de cinquième part, « *La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat* » (article **11-1 alinéa 2** de l'**ordonnance n°58-1270** du 22 Décembre 1958), cependant que « **Toute juridiction qui estime qu'un avocat a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment, peut saisir le procureur général en vue de poursuivre cet avocat devant l'instance disciplinaire dont il relève. (...)** » (article **25** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971) et qu' « *En cas de manquement aux obligations ou de contravention aux règles découlant des dispositions sur la procédure, les avocats encourent les sanctions édictées par lesdites dispositions.* » (article **25-1** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971). Etant précisé, de surcroît, que la **faculté réciproque n'est pas ouverte à l'Avocat** qui n'aura pas la possibilité effective de saisir le **Conseil supérieur de la magistrature** dès lors que le ou les magistrats en cause « **demeure(nt) saisi(s) de la procédure** » (article **50-3** de l'**ordonnance n°58-1270** du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

On en arrive au **paradoxe** selon lequel un justiciable préférera être représenté, par exemple devant le **Conseil de Prud'hommes**, par un défenseur non avocat qui ne craindra pas d'encourir de sanctions disciplinaires.

Ainsi, aux termes de l'article **4 alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971:

« *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires spéciales en vigueur à la date de publication de la présente loi et, notamment, au libre exercice des activités des **organisations syndicales** régies par le **Code du travail** ou de leurs représentants, en matière de **représentation et d'assistance** devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès.* »,

Cet état du droit positif fait se poser la question de l'**irresponsabilité des juges** (cf. « **Les Juges, un pouvoir irresponsable?** », essai collectif sous la direction d'Antoine GARAPON, Editions Nicolas Philippe, 2003). Il met bien en évidence la **différence injustifiée de traitement juridique** entre le statut des magistrats et celui des avocats qui, pourtant, participent tous à la **même oeuvre de justice**, les uns procédant de l'**Etat** et les autres de la **Société civile**, entités fondamentales de la **Nation** qui n'entretiennent entre elles **aucune hiérarchie**.

C'est bien, ce faisant, caractériser une **discrimination**.

C'est encore signifier qu'en assujettissant les Avocats inscrits à un Barreau français à un **régime disciplinaire** comme celui qui aurait cours au sein d'une **Armée**, le législateur français a **excédé les limites** qui s'imposent nécessairement à l'exercice de ses pouvoirs, circonstance permettant, en outre, de retenir sa **responsabilité extracontractuelle**, selon les critères dégagés par la **Cour de Justice des Communautés Européennes**:

« (...) 36. Pour ce qui est des **conditions** dans lesquelles un **Etat membre** est tenu de réparer les dommages causés aux particuliers par des **violations du droit communautaire** qui lui sont imputables, il résulte de la jurisprudence de la Cour qu'elles sont au nombre de **trois**, à savoir que **la règle de droit violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers**, que **la violation est suffisamment caractérisée** et qu'**il existe un lien de causalité direct** entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées. L'appréciation de ces conditions est fonction de chaque type de situation (arrêt *Norbrook Laboratories*, précité, point 107).

37. Ces trois conditions sont exigées tant lorsque les dommages dont il est demandé réparation résultent **d'une abstention d'agir de la part de l'Etat membre**, par exemple en cas de défaut de transposition d'une directive communautaire, que lorsqu'ils résultent de **l'adoption d'un acte législatif ou administratif** violant le droit communautaire, qu'il ait été adopté par l'Etat membre lui-même ou par un organisme de droit public juridiquement indépendant de l'Etat.

38. En ce qui concerne plus particulièrement la deuxième de ces conditions, la Cour a déjà jugé que, d'une part, **une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée** lorsqu'un Etat membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu, de **manière manifeste et grave**, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs (voir arrêts précités *Brasserie du pêcheur et Factortame*, point 55 ; *British Telecommunications*, point 42, et *Dillenkofer e.a.*, point 25) et que d'autre part, lorsque l'Etat membre en cause, au moment où il a commis l'infraction, ne disposait que d'une **marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante**, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une **violation suffisamment caractérisée** (voir arrêts précités *Hedley Lomas*, point 28, et *Norbrook Laboratories*, point 109 ;

39. Il convient de rappeler à cet égard, que l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers ne saurait être subordonnée à une condition tirée de la notion de **faute** allant au-delà de **la violation caractérisée du droit communautaire** (arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 79 ;

40. Or, **la marge d'appréciation mentionnée** au point 38 du présent arrêt est celle dont dispose l'Etat membre concerné . **Son existence et son étendue sont déterminées par rapport au droit communautaire** et non par rapport au droit national. La marge d'appréciation éventuellement accordée par le droit national au fonctionnaire ou à l'institution auteur de la violation du droit communautaire est donc sans importance à cet égard.

41. Il résulte également de la jurisprudence citée au même point 38 qu'une simple infraction au droit communautaire par un Etat membre peut constituer une violation suffisamment caractérisée, mais ne la constitue pas nécessairement.

42. Pour déterminer si une telle infraction au droit communautaire constitue une violation suffisamment caractérisée, le juge national saisi d'une demande en réparation doit tenir compte de tous les éléments qui caractérisent la situation qui lui est soumise.

43. Parmi ces éléments, figurent notamment le **degré de clarté et de précision de la règle violée**, le **caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé**, le **caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit**, la circonstance que les **attitudes prises par une institution communautaire** ont pu contribuer à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire (voir arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 56, s'agissant des conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait des actes et omissions du législateur national contraires au droit communautaire). »

(**CJCE 4 Juillet 2000, Haim**, affaire C-424/97, Rec. p. I-5123, points 36 à 43).

*

Il n'existe, dès lors, **aucune justification objective et raisonnable** aux mesures législatives critiquées, au regard notamment de la **liberté de prestations des services** et du **droit d'établissement**.

Les articles **3, alinéa 1er, 9, 14-2, 15, 16, 17, 21, 21-1, 21-2, 22 à 25-1 et 53** de la loi n°1130 du 31 Décembre 1971 sont bien, dans ces conditions, **incompatibles** avec les stipulations des articles **7, 15, 16 et 33 CDFUE**, d'une part, **49 et 56 TFUE**, d'autre part.

Leur application doit, en conséquence, être **écartée**.

II-C-1-b/ LA THEORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT

Comme sus-analysé (§ II-A-3-b/), cette théorie, qui est à rattacher à l'histoire du Conseil d'Etat et qui s'explique par des considérations en termes de **pouvoir politique**, ne trouve **aucune justification** dans l'ordonnancement juridique moderne.

Et il ne suffirait pas au Conseil d'Etat – ce d'autant moins qu'il sera prochainement saisi d'une QPC de l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 qui cristallise cette théorie prétorienne - de se référer à sa propre jurisprudence pour prétendre éluder le problème. La Haute juridiction administrative ne peut pas auto-justifier son incompétence, à ce titre.

II-C-1-c/ L'IRREVERSIBILITE DES ACTES OU OMISSIONS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

La notion d'irréversibilité (**Henri BERGSON, 1900**) traverse toutes les disciplines, de la physique (**deuxième principe de la thermodynamique** ou **principe de Carnot – Clausius**) au Droit, dès lors qu'elle inscrit irrévocablement l'homme dans sa **finitude**:

*« La question du comportement des systèmes physiques dans le **renversement du temps** est fondamentale et délicate: leur évolution est-elle **réversible** ou **irréversible**? Ce problème a fasciné depuis très longtemps physiciens et philosophes, car il a des incidences sur celui du **déterminisme**, et par là, en fin de compte, sur celui du **libre arbitre individuel**. Nous n'irons pas ici jusqu'à poser cette interrogation perpétuellement renouvelée, ni celle de la grâce divine, qui ne lui est pas étrangère. Nous nous contenterons d'évoquer modestement ses aspects scientifiques, déjà fort complexes. (...) »*

(**Bernard DIU**, Professeur de physique à l'Université Denis Diderot-Paris VII, in Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences, PUF 4^o édition Quadrige Septembre 2006, v^o**Irréversibilité**, p. 641)

Le concept d'**entropie / négentropie** (créé au 19^e siècle par le savant allemand **Rudolf CLAUSIUS** – de son vrai nom GOTTIEB) est exploitable en science juridique dès lors qu'il rend compte de la distinction entre l'**ordre** et le **désordre** : l'entropie augmente lors d'une **transformation irréversible**.

Signe du **désordre** et de l'**irréversible**, l'entropie a été définie, postérieurement (**1872**), par **Ludwig BOLTZMANN** en établissant un lien précis entre l'entropie d'un corps et la **probabilité** de son état macroscopique, selon la célèbre formule mathématique suivante :

$$S = k \log W,$$

où **S** est l'entropie, **k** une constante et **W** la probabilité de l'état en question (v. **Paolo D'IORIO**, Chargé de recherche au CNRS – philosophie - in Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences, PUF 4^o édition Quadrige Septembre 2006, v^o **Entropie**, p. 421).

*« L'équation de Boltzmann et, plus généralement, l'équation maîtresse sont **irréversibles** : le théorème H l'exprime de façon inéquivoque. Si en effet l'entropie doit croître avec le temps, elle va nécessairement décroître si l'on renverse le temps, puisque celui-ci décroîtra alors. Voilà donc une grandeur (une grandeur primordiale) qui se comporte différemment suivant que le temps s'écoule dans le sens normal ou en sens inverse. C'est là une manifestation de ce qu'on appelle souvent la **flèche du temps**. Lorsque nous analysons les mouvements **microscopiques**, nous avons constaté que les trajectoires (nous raisonnons pour simplifier dans le cadre de la mécanique classique) des particules peuvent être décrites **en sens inverse**, car le **renversement du temps** – qui laisse invariantes les équations du mouvement – revient à changer chaque vitesse en son opposée. En revanche, nous trouvons ici qu'**il est impossible qu'un système macroscopique parcoure en sens inverse le chemin qu'il a suivi à l'aller**. (...) » (**Bernard DIU**, ibid., p. 643).*

C'est, donc, bien, à l'échelle de l'individu et de la Société – **système macroscopique** par excellence – le règne de l'**irréversible** (**Henri POINCARÉ, 1892**) :

« *Comme le temps physique, le temps physiologique est irréversible* » (**Alexis CARREL**, « *L'Homme, cet inconnu* » cité par Dictionnaire Le Nouveau Petit Robert, 1993, sous la direction de **Josette REY – DEBOVE et Alain REY**, v° Irréversible, p. 1406).

L'irréversibilité du temps – et donc, de l'**existence humaine** – relève de l'**apodictique** (**le nécessaire**), par opposition à l'**assertorique** (**l'existence**) et au **problématique** (**le possible**) :

« L'irréversible n'est pas un caractère du temps parmi d'autres caractères, il est la temporalité même du temps; et le verbe 'être' est pris ici au sens 'ontologique' et non pas au sens copulatif: c'est-à-dire que l'irréversible définit le tout et l'essence de la temporalité, et la temporalité seule; en d'autres termes il n'y a pas de temporalité qui ne soit irréversible, et pas d'irréversibilité pure qui ne soit temporelle. La réciprocity est parfaite. La temporalité ne se conçoit qu'irréversible: si le fuyard de la futuration, ne fût-ce qu'une fraction de seconde, revenait sur ses pas, ou se mettait à lambiner, le temps ne serait plus le temps... »

Le temps est irréversible de la même manière que l'homme est libre: essentiellement et totalement. La liberté n'est pas un certain attribut particulier de l'homme – comme si, outre les propriétés variées qui servent à définir son essence (par exemple d'être doué de raison, ou fait pour la vie en commun), l'homme offrait cette particularité ou caractéristique supplémentaire d'être libre. Non, l'homme n'est pas libre de cette manière-là, même essentiellement. A plus forte raison n'est-il pas 'libre' au sens adjectival ou épithétique de ce mot, c'est-à-dire par accident, et comme on est, entre autres choses, brachycéphale: car cela signifierait qu'un homme peut n'être pas essentiellement libre et, néanmoins, rester substantiellement un homme. Peut-on concevoir un homme substantiellement humain, et qui pourtant soit essentiellement un serf et un esclave de naissance? A proprement parler l'homme n'est libre ni essentiellement ni accidentellement: il est bien plutôt la liberté elle-même, la liberté en personne; il est toute liberté et rien que la liberté. Et de la même façon: la temporalité n'est pas un simple prédicat de l'existence humaine, car ce serait supposer que l'être de l'homme, au moins en droit, peut être intemporel tout en restant humain... Le devenir n'est pas sa manière d'être, il est son être lui-même; le temps n'est pas son mode d'existence, il est sa seule substantialité. En d'autres termes l'homme est toute temporalité, et ceci de la tête aux pieds, et de part en part, jusqu'au bout des ongles.

Bergson, dans la deuxième conférence de La perception du changement, rend plausible ce paradoxe; et il explique ainsi l'idée d'un changement qui serait non point partitif mais substantiel, et qui serait donc non pas transformation, mais en quelque sorte transsubstantiation. L'homme est tout entier devenir, et n'est que cela; et comme le devenir lui-même est toute irréversibilité, il s'ensuit que l'homme entier est tout entier irréversibilité: l'homme est un irréversible en chair et en os! L'homme est un irréversible incarné: tout son 'être' consiste à devenir (c'est-à-dire à être en n'étant pas), et par surcroît il devient (advient, survient, quelquefois même se souvient), mais ne revient jamais: car s'il pouvait revenir, l'aller et le retour feraient de son 'être' une chose. Autrement dit on ne peut concevoir un temps qui serait réversible et qui demeurerait cependant temporel. Cette irréversibilité temporelle (est-il même nécessaire d'ajouter: temporelle? Y a-t-il une irréversibilité qui ne soit pas temporelle?), cette temporalité irréversible (mais est-il nécessaire de préciser: irréversible? Ce pléonasme était-il indispensable? Y a-t-il une temporalité qui ne soit pas irréversible?) peut paraître dangereusement irrationnelle.

.../...

L'homme voudrait, restant dans le temps, garder tous les avantages et toutes les commodités de la réversibilité dans l'espace. Or Bergson a définitivement montré que la pseudo-succession réversible dont parle Spencer est elle-même de l'espace; mieux encore, c'est à cette possibilité de renversement qu'on reconnaît la spatialité foncière... et clandestine du soi-disant devenir. Par exemple on confond le trajet parcouru avec le temps employé à le parcourir : or le trajet, en lui-même, est simplement la ligne qui relie statiquement deux points sur la carte ou dans l'espace; et cette ligne, on peut à volonté la prendre par un bout ou par l'autre. On se croira peut-être plus habile en réduisant le temps non pas au trajet, mais au mouvement qui parcourt ce trajet dans ce temps, et le parcourt à telle ou telle vitesse : mais le mouvement, censément intermédiaire entre le temps et le trajet, est malgré tout plus spatial que temporel, et colle bien plus à l'itinéraire, c'est-à-dire au parcours, qu'au temps de ce parcours. Un routage, un horaire, et la chronologie elle-même ne s'établissent-ils pas à partir de repères immobilisés dans une histoire irréversible? En vérité nous ne comprenons cet a priori parfaitement impensable, ou plutôt ce fuyant je-ne-sais-quoi dont le nom est temporalité qu'en le ramenant à la visibilité d'une ligne renversible, c'est-à-dire en le détemporalisant. (...)

(**Vladimir JANKELEVITCH, l'irréversible et la nostalgie**, Flammarion, Paris 1974, Champs essais, Chapitre Premier, IRREVERSIBILITE ET TEMPORALITE, pp. 7 à 9).

André COMTE – SPONVILLE résume le propos sur la **nécessité du temps** :

« (...) **LE TEMPS, C'EST LA NECESSITE**

Si rien n'existe que le présent, il est exclu que le passé ou l'avenir puissent agir sur lui : comment ce qui n'est pas pourrait-il déterminer ce qui est? Toute prédestination, qu'elle soit déterministe ou providentielle (efficiente ou finale), est donc impossible. Non, certes, que n'importe quoi puisse se produire n'importe comment; L'absence de prédestination, ou de prédétermination, n'est pas l'absence de causalité. Mais la causalité, quand causalité il y a, s'effectue tout entière à l'intérieur du présent, si bien que les causes d'un événement, contrairement à ce qu'on imagine, ne sauraient le précéder. (...) Le présent n'a pas d'autre cause que lui-même (il est causa sui), c'est en quoi il est libre (puisque ni passé ni avenir ne le gouvernent) et c'est en quoi il est nécessaire (puisqu'il ne saurait être autre, ni autrement, qu'il n'est). Actualisme : nécessitarisme. Si être c'est être présent, c'est aussi être nécessaire : comment ce qui est présent pourrait-il ne pas l'être? Il aurait pu ne pas être? Certes, quand il n'était pas! Un événement n'est donc contingent (si l'on entend par contingent le contraire du nécessaire) que tant qu'il est à venir, donc que tant qu'il n'est pas : la contingence n'existe pas davantage que la prédestination ou la prédétermination, non parce que le présent serait soumis au passé, mais parce qu'il n'est soumis qu'à lui-même. Au présent, le possible et le réel ne font qu'un, qui est donc nécessaire. (...)

(**André COMTE – SPONVILLE, L'ETRE-TEMPS**, Quelques réflexions sur le temps de la conscience, in **LE TEMPS ET SA FLECHE**, sous la direction de Etienne KLEIN et Michel SPIRO, Champs Flammarion 1996, pp.267-268).

L'irréversible peut, rapporté au Droit, qualifier toute situation pour laquelle **le retour au statu quo ante (monde sensible) est impossible**, en dehors d'un rapport de **responsabilité (monde intelligible)**.

C'est évoquer l'opposition entre le **monde sensible** et le **monde intelligible** imaginée par **PLATON**.

Si un acte juridique (qui relève de l'**intelligible**) peut être révoqué (**réversibilité**), les effets qu'il a pu produire avant sa rétractation (dans le monde **sensible**) ne peuvent pas nécessairement tous être mis à néant (**irréversibilité**).

Cette contradiction est illustrée dans la **philosophie kantienne** par la distinction entre les **connaissances intelligibles** (qui n'ont aucun lien avec l'expérience sensible) et les **connaissances intellectuelles** (qui s'y projettent) :

*« (...) Sont en effet **intellectuelles** les connaissances acquises par l'entendement et qui portent aussi sur **notre monde sensible**; mais on appelle **intelligibles** des objets en tant qu'ils ne peuvent être représentés que par l'**entendement** et qu'aucune de nos intuitions sensibles ne peut porter sur eux. Mais comme cependant à chaque objet doit correspondre quelque intuition possible, il faudrait se forger l'idée d'un entendement qui intuitionnerait immédiatement les choses; mais nous n'avons pas le moindre concept d'un tel entendement, ni par suite des êtres intelligibles sur lesquels il porterait.*

(**Emmanuel KANT**, Prolégomènes à toute métaphysique future, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade 1985, pp. 92-93).

Il est, dès lors, dangereusement incohérent de prétendre saisir de façon purement **intelligible** une situation complexe, **intellectuelle**, au sens kantien du terme, c'est dire procédant aussi bien du **droit** que du **fait**, sans que surgisse, à aucun moment, une **motivation**.

Ainsi, l'annulation d'une **condamnation à mort exécutée**, au regard du **droit à la vie** – ou, même, aujourd'hui, d'une **incarcération**, rapportée à la **liberté originelle de l'homme** -, n'a pas de sens, sauf à provoquer la réhabilitation du condamné dont l'effet ne sera que moral.

De même, l'infirmité, en appel, d'un jugement assorti de l'exécution provisoire, ordonnant l'**expulsion d'une société commerciale** n'aura d'effet utile pour l'intéressée que si, entretemps, l'exécution provisoire a été arrêtée (v. **CA Aix-en-Provence, 03 Septembre 2009, SARL FITNESS GYM et Antony MANKICHIAN c/ SCP SACORILA**, n°2009/283, RG 07/16741), ce qui suppose que les Avocats soient investis de **prérogatives de défense efficaces**, ce qui n'est pas, aujourd'hui, le cas.

A l'identique, l'annulation d'une sanction administrative ne sera effective que si, antérieurement à sa mise à néant, la mesure attaquée n'a produit **aucun effet irréversible**.

Or, précisément, le droit positif ne procure **aucune garantie** en ce sens aux justiciables, malgré l'inscription du **principe de précaution** dans la **Charte de l'environnement** – qui a, pourtant, **pleine valeur constitutionnelle** - dont l'article **5** dispose :

« Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait **affecter de manière grave et irréversible l'environnement**, les autorités publiques veillent, par application du **principe de précaution** et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de **procédures d'évaluation des risques** et à l'adoption de **mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage**. »

C'est, à l'inverse, le principe de l'**exécution provisoire** qui est consacré par les textes en vigueur, alors même que des **conséquences irréversibles** peuvent s'y attacher pour les **droits fondamentaux** et leurs titulaires.

1°) Ainsi, la **garde à vue, mesure de contrainte privative de liberté**, peut-elle être décidée par un **officier de police judiciaire** – qui n'appartient pas aux corps des magistrats judiciaires, bien que placé « *sous le contrôle de l'autorité judiciaire* » (art. **62-2** du Code de procédure pénale – CPP pour les crimes et délits flagrants, applicable à l'enquête préliminaire en vertu de l'article **77** CPP) contre une personne « *maintenue à la disposition des enquêteurs* » – en considération d' « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement* ».

La garde à vue ne repose, dès lors, que sur un **raisonnement probabiliste** (« *une ou plusieurs raisons plausibles* ») qui, ultérieurement, peut être confirmé ou infirmé par la suite de la procédure. Elle naît dans l'esprit de l'officier de police judiciaire (**monde intelligible**) qui n'a pas, a priori, à justifier son choix par la réalité des faits (**monde sensible**). La garde à vue peut très bien être décidée et exécutée sans que soit établie au préalable une **concordance** entre les **raisons intellectuelles** de l'officier de police judiciaire et les **preuves ou indices matériels** censés fonder son raisonnement. La garde à vue n'est donc pas un **acte de raison** comme doit l'être la loi ou le jugement, mais un **pur acte de volonté** fondée sur une **suspicion prétendument légitime, mais non vérifiée par un juge du fond**.

De même, la **mise en examen** des personnes, préalable nécessaire de **mesures coercitives** comme le **contrôle judiciaire** ou la **détention provisoire**, peut être décidée par le juge d'instruction au vu d' « *indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi*. » (art. **80-1, al. 1er** CPP).

On ne quitte pas, pour autant, au stade de l'instruction, le **raisonnement par probabilité** : ni la réalité de l'infraction dont le juge d'instruction est saisi ni son imputabilité à la personne soupçonnée ne sont **irrévocablement** établies. Pour autant, ce magistrat et le juge des libertés et de la détention pourront prendre des mesures restrictives ou mêmes privatives de liberté, alors que l'intéressé bénéficiera ultérieurement d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement.

Le **hiatus** entre les deux impératifs catégoriques **ORDRE / LIBERTE** est, ici, évident. On ne peut trouver **aucun isomorphisme** entre un **système probabiliste** (au stade de l'enquête et de l'instruction) et un **impératif de vérité** (la manifestation de la vérité judiciaire en phase de jugement) tributaire d'une **certitude légale**.

L'affaire dite des **acquittés d'OUTREAU** fut assez douloureuse pour les protagonistes, en termes de souffrance physique, psychique et morale pour que l'opinion publique, très fortement choquée, en conserve le souvenir indélébile. Toutes les conséquences juridiques n'ont cependant pas été tirées à ce jour de ce séisme judiciaire, notamment en termes de **motivation** des décisions attentatoires à la liberté individuelle.

2°) La **procédure civile** n'est pas épargnée par l'incohérence dans la rédaction des textes en vigueur. Ainsi, le Code des procédures civiles d'exécution (CPCE) dispose-t-il en ses articles **L. 111-10** et **L. 111-11** :

Art. **L. 111-10** CPCE :

« Sous réserve des dispositions de l'article L. 311-4, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire.

L'exécution est poursuivie aux risques du créancier. Celui-ci rétablit le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent si le titre est ultérieurement modifié. »

Art. **L. 111-11** CPCE :

« Sauf dispositions contraires, le pourvoi en cassation en matière civile n'empêche pas l'exécution de la décision attaquée.

Cette exécution ne peut donner lieu à restitution; elle ne peut en aucun cas être imputée à faute. »

Il est remarquable, à cet égard, d'une part, que l'article **L. 111-10** CPCE excepte la seule **saisie immobilière** (régie par l'article **L. 311-4** du même Code qui exige, pour la vente forcée, « une décision définitive passée en force de chose jugée ») de son champ d'application.

Cependant, d'autres situations sont également dignes d'intérêt.

Il suffit de considérer notamment le sort des locataires titulaires de baux commerciaux, professionnels ou d'habitation, expulsés au seul vu d'une **ordonnance de référé** exécutoire de droit à titre provisoire.

Est devenue, à ce titre, emblématique, le cas de la **SARL FITNESS GYM**. Cette société commerciale, tributaire d'une mesure d'expulsion décidée en référé, eut à déployer une énergie phénoménale – compte tenu du fait que **ses recours n'étaient pas, en droit positif, suspensifs d'exécution**, pour faire juger, deux ans plus tard, qu'il n'y avait pas lieu à **expulsion** (v. **CA Aix-en-Provence, 03 Septembre 2009, SARL FITNESS GYM et Antony MANKICHIAN c/ SCP SACORILA**, n°2009/ 283, RG 07/16741).

D'autre part, l'article **L. 111-11** CPCE ignore superbement l'hypothèse du pourvoi en cassation où **aucune restitution n'est possible** en raison de l'**irréversibilité** des conséquences produites par la décision cassée.

3°) De la même façon, on ne peut qu'être surpris par le libellé de l'article **L. 521-1** du Code de justice administrative (CJA) :

*« Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une **requête en annulation ou en réformation**, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, **peut ordonner la suspension de l'exécution** de cette décision, ou de certains de ses effets, **lorsque l'urgence le justifie** et qu'il est fait état d'un **moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.** »*

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision. »

En effet, ce texte ne procure aux justiciables aucune protection juridictionnelle effective.

On rappelle, à cet égard, qu'il appartient au législateur et à lui seul, en vertu de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, à peine d'entacher son acte d'**incompétence négative** qui constitue une violation de la Constitution, de fixer les règles concernant **« les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »**, au rang desquelles figure la **liberté d'entreprendre** dont procède la liberté d'exercer la profession de médecin (art. **4 DDH**).

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

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

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

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

Il est constant, en l'espèce, que le législateur n'a pas, à l'article **L. 521-1** CJA, ni dans un autre texte, défini la notion d'**urgence**, condition **sine qua non** de la suspension de l'exécution d'une décision si, en outre, **« il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. »**

Sans aucun doute, en violation de l'article **34** de la **Constitution**, le législateur a laissé le soin aux **juridictions** de décider, dans chaque cas d'espèce, si la condition d'urgence est satisfaite.

Ainsi, le **Conseil d'Etat** a été conduit, dans les premiers jours d'application du nouveau texte issu de la **loi n°2000-597 du 30 Juin 2000** relative au référé devant les juridictions administratives, à préciser ce qu'il fallait entendre par **situation urgente**.

Il échet de rappeler, à cet égard, que depuis l'arrêt de principe **Confédération Nationale des radios libres** du **18 Janvier 2001** (req. N°228 815), le **Conseil d'Etat** juge en ce qui concerne la condition d'**urgence** visée à l'article **L. 521-1** du Code de justice administrative:

« (...) Que la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire; qu'il appartient au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision, d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue; »

(**CE, 18 Janvier 2001, Confédération Nationale des radios libres**, req. N°228 815).

L'**urgence** (**periculum in mora**), qu'on définit étymologiquement comme une « **nécessité pressante** » (du latin *urgere* : presser) est, dès lors, caractérisée, selon le juge administratif suprême :

- si « *la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre;* »,

- et sans que puisse faire obstacle au prononcé de la suspension la considération d'une **réparation pécuniaire**, en cas d'annulation de la décision.

Cependant, l'application qui est faite de l'article **L. 521-1** CJA par les juridictions administratives révèle que s'agissant de **conditions cumulatives**, l'absence de **urgence** n'oblige pas le juge à vérifier l'existence « *d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* » et, de surcroît, autorise le juge des référés, en application de l'article **L. 522-3** CJA, à rejeter la demande de suspension sans suivre la **procédure contradictoire** prévue par les deux premiers alinéas de l'article **L. 522-1** du même Code.

S'il est vrai que le **Conseil d'Etat** a pu, dans un premier temps, considérer comme remplie la condition d'urgence posée par ce texte en raison notamment de « *l'intérêt général qui s'attache à ce que cessent sans délai d'apparaître comme faisant partie de l'ordre juridique des dispositions qui après avoir été abrogées n'y ont été réintroduites que du fait d'une erreur matérielle* » (**CE, ord. 20 Mars 2001, Syndicat National des Horlogers**, n°230462), il a, par la suite, abandonné cette position initiale. Ainsi, a-t-il estimé le 13 Juin 2005 que « *le juge des référés ne saurait, lorsqu'il recherche s'il y a urgence au sens des dispositions précitées, se fonder sur la nécessité de prévenir les conséquences d'une éventuelle annulation de la décision litigieuse;* » (**CE, 13 Juin 2005, Commune de Saint-Amand-Les-Eaux**, n°277296).

De même, le **Conseil d'Etat** considère que « *s'il appartient au juge administratif, dans l'exercice de son pouvoir de direction de la procédure, de tenir compte de l'ensemble des intérêts en présence pour déterminer le délai dans lequel il convient qu'il statue sur une demande d'annulation d'une décision administrative, il n'y a en principe pas lieu pour le juge des référés, lorsqu'il recherche s'il y a urgence à prendre, au sens des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, avant tout jugement au fond, les mesures provisoires prévues par ce texte, de se fonder sur la seule perspective des difficultés que pourrait créer pour les bénéficiaires de la décision contestée la perspective d'une possible annulation de cette décision;* » (**CE, 30 Juillet 2003, Commune de Paulhac**, n°254904).

A l'inverse, commet une **erreur de droit** le juge des référés qui subordonne « *la reconnaissance de l'urgence au caractère irréversible de la situation invoquée à l'appui de sa demande* » par le requérant (**CE, 26 Octobre 2005, Sté des Crematoriums de France**, n°279441).

Ces décisions contrastent avec celle antérieurement prononcée par laquelle le **Conseil d'Etat** a approuvé un juge des référés d'avoir prononcé la suspension d'une décision en se fondant « *non seulement sur ce que l'éventuelle annulation par le juge de l'excès de pouvoir de la décision attaquée était susceptible d'intervenir après son entière exécution, mais aussi sur ce que cette décision était de nature à bouleverser les conditions d'existence de l'intéressé* » (privation de traitement pendant trois mois) (**CE, 06 Avril 2001, FRANCE TELECOM**, n°230338).

La jurisprudence récente du **Conseil d'Etat** confirme que **la notion d'urgence n'est pas suffisamment claire et précise** pour mettre le juge des référés à l'abri d'une **erreur de droit**, plus d'une décennie après l'entrée en vigueur du nouveau régime de l'article **L. 521-1 CJA** :

« (...) »

qu'en statuant ainsi, alors que les conséquences financières d'un refus d'autorisation d'occupation du domaine public sont au nombre des éléments susceptibles d'être pris en compte pour apprécier si est satisfaite la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que, par suite, la SOCIETE SGR est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

(...)

(**CE, 05 Avril 2012, Sté SGR c/ Ville de Paris**, n°351429).

En outre, la seule invocation de l'urgence, au sens des conséquences financières, est inopérante et ne permet pas, contrairement à ce qu'allègue la CPAM du Vaucluse (mémoire en défense sur QPC du 18 Mars 2013, page **16/36**), la sauvegarde de l'activité économique (même arrêt).

De plus, ce n'est que « *Lorsque la suspension est prononcée, (qu') il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais.* » (art. **L. 521-1, al. 2** CJA).

C'est dire qu'alors même que le requérant établirait **l'illégalité** de la décision attaquée, il devrait, si **l'urgence** n'est pas retenue par le juge des référés, attendre le jugement de la requête au fond, situation des plus préjudiciables dès lors que la décision exécutée a pu, entre-temps, produire des **effets irréversibles**.

L'incohérence de ce système miné par **l'insécurité juridique** est, partant, évidente, puisqu'à l'inverse, si l'illégalité de la décision est vraisemblable, il est **urgent de suspendre ses effets**, avant qu'elle ne soit définitivement exclue de l'ordonnement juridique : le **doute sérieux quant à la légalité de la décision vaut urgence justifiant la suspension**.

C'est, au demeurant, le principe retenu, en matière judiciaire, par l'article **809** du Code de procédure civile qui **ne subordonne pas à l'urgence** la prescription par le juge des référés des **mesures conservatoires** ou de **remise en état** « *qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » (al. **1er**), ni, « *Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable* » de « *l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* » (al. **2**).

Il échet, ici, en tout état de cause, de rappeler que l'article **L. 521-1** CJA a pour vocation d'assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** que leur doit l'Etat au titre de la **garantie des droits**, consacrée par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**).

Le principe fondamental qui préside à ce texte réside dans la **nécessité de conserver au requérant, pendant toute l'instance au fond, l'intérêt que la décision du Tribunal est, in fine, susceptible de lui procurer**.

C'est bien ce qu'exprime le **schème de la nécessité**, défini par **Emmanuel KANT** comme « *l'existence d'un objet en tout temps* » (**Critique de la raison pure**, Coll. La Pléiade, Gallimard 1980, p.889).

Le principe peut se résumer par la formule suivante, à laquelle l'exigence de **protection juridictionnelle effective** (art. **16 DDH**) commande de conférer **valeur constitutionnelle** (v. **proposition de loi constitutionnelle** de **Maître Philippe KRIKORIAN** publiée sur le site www.philippekrikoriant-avocat.fr) :

« Art. **66**: *Nulle mesure à objet ou effet irréversible ne peut être exécutée, sauf risque contraire, actuel et sérieusement opposable d'irréversibilité gravement dommageable, si elle cesse d'être nécessaire au moment de son exécution, ni sans présentation, à cette date, d'une décision irrévocable au fond de l'autorité publique compétente la prononçant expressément.*

Statuant, le cas échéant, sur une demande alléguant ou contestant l'existence d'un tel risque d'irréversibilité, le juge, lorsque les circonstances permettent utilement sa saisine, détermine, parmi les intérêts en présence et selon les règles de droit en vigueur, ceux qui méritent la protection juridictionnelle la plus appropriée. »

C'est, précisément, à l'aune du **risque d'irréversibilité** que doit être appréciée l'**urgence** de la situation devant décider de la suspension de la mesure litigieuse.

En effet, dès lors qu'une décision est susceptible d'un **recours juridictionnel** en annulation ou réformation, ni le **privilege du préalable dont jouit l'Administration dans l'intérêt d'une meilleure efficacité de son action** ni le **caractère exécutoire** de la décision ne peuvent, pour autant, contrarier l'**autorité de chose jugée** qui sera attachée au jugement à intervenir.

Ainsi, la question de l'**irréversibilité** de la mesure se pose dès lors que le **recours pour excès de pouvoir** est ouvert – ce qui est le cas, en l'espèce – et qu'il n'est pas, en lui-même, suspensif d'exécution (art. L. 4 CJA) – ce qui est, également, le cas - lacune que l'article L. 521-1 CJA tend, précisément, à combler.

Interpréter dans un sens différent ce texte législatif **le viderait singulièrement de son utilité**, dès lors que la **protection juridictionnelle effective** qu'il a pour objet d'apporter aux justiciables, **leur serait retirée en totalité**. Le **recours pour excès de pouvoir** – garantie fondamentale du **principe de légalité** qui « *est ouvert même sans texte contre tout acte administratif* » (CE, Ass. 17 Février 1950, **Ministre de l'Agriculture c. Dame LAMOTTE**, Rec. 110) – ne serait, dans cette hypothèse négative, d'aucun secours. Il ne peut s'agir, à l'évidence, du but visé par le législateur.

On retrouve le même raisonnement dans la jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne** (CJUE) qui considère que « *le principe général du droit à une protection juridictionnelle complète et effective implique que 'puisse être assurée la protection provisoire des justiciables, si elle est nécessaire à la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par la Cour'* (CJCE, Ord. 3 mai 1996, aff. C-399/95 R, *Allemagne c/ Commission* : Rec. CJCE, I, p. 2441, 2456. - Ord. 23 févr. 2001, aff. C-445/00 R, *Autriche c/ Conseil* : Rec. CJCE, I, p. 1461, 1496).(...)

Suivant une formulation plus précise, le juge des référés indique qu'il doit apprécier l'urgence de l'adoption des mesures provisoires 'en examinant si l'exécution des actes litigieux, avant que n'intervienne une décision sur le fond, est de nature à entraîner, pour la partie qui a sollicité ces mesures, des dommages irréversibles, qui ne pourraient être réparés même si la décision attaquée était annulée, ou qui, malgré leur caractère provisoire, seraient hors de proportion avec l'intérêt de la partie défenderesse à ce que ses actes soient exécutés, même lorsqu'ils font l'objet d'un recours contentieux (TPI, Ord. 11 mars 1994, aff. T-589/93 R, *Ryan-Sheridan c/ Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail* : Rec. FP, II, p. 257, 262 (...) Ord. 19 juin 1997, aff. T-159/97 R, *Chaves Fonseca Ferrao c/ OHMI* : Rec. CJCE, II, p. 1049, 1057)

(...) (**Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne**, commenté et annoté par **Joël RIDEAU**, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis, Membre de l'Institut universitaire de France et **Fabrice PICOD**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, Litec 2002, pp. 421 et 432).

De même, contrairement à ce qu'indique Madame la Garde des sceaux dans son mémoire en défense sur QPC (page ¾), le **Conseil constitutionnel** ne contrarie pas, dans sa **décision n°2011-203 QPC du 02 Décembre 2011, M. Wathik M.**, l'exigence constitutionnelle de procurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective, notamment provisoire.**

Il convient, en effet, de citer complètement les considérants relatifs au **droit à un recours juridictionnel effectif** garanti par l'article **16 DDH** :

9. *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration 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 » ;*

10. *Considérant que le caractère non suspensif d'une voie de recours ne méconnaît pas, en lui-même, le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;*

11. *Considérant, toutefois, que, d'une part, la demande d'aliénation, formée par l'administration en application de l'article 389 du code des douanes est examinée par le juge sans que le propriétaire intéressé ait été entendu ou appelé ; que, d'autre part, l'exécution de la mesure d'aliénation revêt, en fait, un **caractère définitif**, le bien aliéné sortant **définitivement** du patrimoine de la personne mise en cause ;*

12. *Considérant qu'au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure d'aliénation, la combinaison de l'absence de caractère contradictoire de la procédure et du **caractère non suspensif du recours** contre la décision du juge conduisent à ce que la procédure applicable méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, **l'article 389 du code des douanes doit être déclaré contraire à la Constitution** ;*

13. *Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ;*

14. *Considérant que l'abrogation immédiate de l'article 389 du code des douanes aurait des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, la présente déclaration d'inconstitutionnalité est applicable à compter du 1er janvier 2013,*

DÉCIDE:

Article 1er.– L'article 389 du code des douanes est contraire à la Constitution.

Article 2.– La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet à compter du 1er janvier 2013 dans les conditions fixées au considérant 14.

Article 3.–La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 1er décembre 2011, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 2 décembre 2011. »

Il ressort, à l'inverse, de cette décision que le **caractère non suspensif du recours** insusceptible de neutraliser l'**irréversibilité** de la mesure en faisant l'objet, a fortement contribué à faire déclarer contraire à la Constitution l'ancien article **389** du Code des douanes, abrogé depuis le 1er Janvier 2013.

Dès lors qu'ainsi le juge le **Conseil d'Etat**, la seule considération d'une **réparation pécuniaire**, en cas d'annulation de la décision, ne fait pas obstacle au prononcé de la suspension, on doit en déduire que l'**urgence** – qui est intimement liée à la notion d'**irréversibilité** - ne se limite pas aux seules situations pécuniairement irrémédiables, c'est dire celles pour lesquels l'argent n'est d'aucun secours. En d'autres termes, la possibilité d'une indemnisation ultérieure n'exclut pas la nécessité d'empêcher la production de **conséquences irréversibles**.

Ainsi, en présence d'une décision administrative susceptible de **recours en annulation**, - étant rappelé que l'annulation emporte **cessation immédiate** et, dans le principe, **anéantissement rétroactif des effets** de la décision annulée, - il importe de considérer :

- d'une part, l'**interaction** entre la décision de suspension (**référé**) et la décision d'annulation (**fond**) ;

- d'autre part, les effets de la suspension pour chacun des intérêts en présence (**balance des intérêts**).

.../...

C'est dire que dans tous les cas, comme l'espèce jugée le 29 Avril 2013 par le **Conseil d'Etat** (CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, **M. AGOPIAN**, n° 366058), où s'impose la suspension de l'exécution, compte tenu des **délais d'instruction et de jugement (plus de douze mois** en moyenne) qui ne permettront pas que la décision soit **annulée** avant qu'elle soit **totalelement exécutée** (exécution sur une période de **six mois** - terme au 06 Juillet 2013), on peut opposer celle où, à l'inverse, la décision au fond intervient avant l'exécution totale de la décision attaquée.

Dans la première hypothèse **l'irréversibilité est évidente** : on ne pourra pas faire que la décision n'ait pas été totalement exécutée, tandis que dans la seconde, le recours pour excès de pouvoir couronné de succès aura empêché que la décision soit totalement exécutée.

L'annulation de la décision attaquée, comme celle du 07 Novembre 2012, telle que demandée par le requérant n'a, dès lors, d'intérêt pour lui que si elle intervient **avant sa totale exécution** (le 06 Juillet 2013 en l'espèce) ou si l'exécution de la mesure est **suspendue**.

En d'autres termes, la condition d'**urgence** doit être vue comme satisfaite dès lors que la **décision attaquée, qui est insusceptible d'être annulée avant sa complète exécution, préjudicie de manière grave et immédiate aux intérêts que le requérant entend défendre** (en l'occurrence, la possibilité de librement exercer la profession de **médecin libéral** sans être tributaire du contrôle tutélaire de l'Administration exercé arbitrairement).

Cependant, faute d'être énoncée clairement dans l'article **L. 521-1** CJA et compte tenu de l'appréciation subjective du juge des référés, **aucune garantie** n'est apportée que dans chaque espèce pertinente la condition d'**urgence** sera jugée remplie.

Ainsi, en imposant dans le texte de l'article **L. 521-1** CJA une condition d'**urgence autonome** du constat de l'existence d'un « *doute sérieux quant à la légalité de la décision* », le législateur a privé ce texte de sa capacité à procurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** que leur garantit l'article **16 DDH**.

En effet, dès lors qu'il entendait subordonner à l'**urgence** – contrairement à la règle de l'article **809** CPC – le prononcé de la suspension d'une décision de l'Administration, le législateur devait lui-même définir clairement et précisément ce concept.

C'est dire que les articles **L. 521-1** et **L. 522-3** CJA, qui sont entachés d'une **incompétence négative**, n'échapperont à la censure du **Conseil constitutionnel** que **sous réserve d'être interprétés** en ce sens que :

1°) la **condition d'urgence** doit être appréciée par le juge des référés comme satisfaite dès lors que la **décision attaquée est insusceptible d'être annulée avant sa complète exécution**, sans pouvoir exiger du requérant qu'il établisse l'existence **d'autres effets irréversibles s'y attachant, sauf si la suspension de la décision était de nature à entraîner pour un intérêt public des conséquences irréversibles gravement dommageables ;**

2°) le juge des référés examine, **en toute hypothèse** (ce que suggère la copule « *et* »), les **moyens** de la requête aux fins de suspension propres à créer un **doute sérieux quant à la légalité de la décision ;**

3°) qu'il soit statué sur la requête en annulation de la décision **dans les plus brefs délais** dès lors que de cet examen résultera un **doute sérieux quant à la légalité de la décision**.

L'application de ces principes, tels que ci-dessus explicités, aurait dû conduire le juge des référés de première instance à prononcer la **suspension de l'exécution** de la décision attaquée.

En effet, la Caisse n'a pas démontré en quoi la suspension serait pour elle préjudiciable dès lors qu'**aucune faute déontologique** n'a été reprochée au **Docteur AGOPIAN**, les prescriptions passées n'étant jugées excessives qu'au vu de **critères ne répondant à aucune objectivité ni rationalité**, d'une part, les futurs dépassements allégués n'étant qu'**hypothétiques**, d'autre part.

Dans la **balance des intérêts en présence**, ceux du **Docteur AGOPIAN** apparaissent comme prépondérants compte tenu de l'**irréversibilité** de la mesure en l'absence de suspension.

La CPAM du Vaucluse qui n'a fait état d'**aucune urgence** dans la mise en œuvre de sa décision, laquelle n'a été **rendue exécutoire** que le 07 Janvier 2013, soit **deux mois après son édiction**, ne peut, partant, se faire un grief de la **suspension** demandée par le Docteur AGOPIAN qui, en tout état de cause, n'aurait pour elle **aucune conséquence irréversible**.

On doit, partant, eu égard aux **modalités d'exécution de cette mesure dans le temps**, tenir pour remplie la condition d'**urgence**, le seul fait que le médecin soit placé dans une **situation de contrôle étroit** – assurément qualifiable de **mise sous tutelle** et susceptible d'un **recours pour excès de pouvoir** - caractérisant un **préjudice pour lui suffisamment grave et immédiat**.

*

Dans ces conditions, il est établi, qu'en légiférant comme il l'a fait aux articles **L. 521-1, L. 522-3 CJA** et **L. 162-1-15 CSS**, le législateur a méconnu les **droits et libertés que la Constitution garantit**, comme ci-dessus explicité.

Comme le dit l'adage « *Donner et retenir ne vaut* » (Loysel, 659), il ne servirait de rien, dans une **Société démocratique**, comme l'est et doit le demeurer **la France**, de reconnaître solennellement aux citoyens des « *droits naturels, inaliénables et sacrés* », ainsi que le fait le préambule de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, si ceux-ci, au motif qu'ils exercent une **profession dite réglementée**, comme la profession d'Avocat, ne pouvaient utilement s'en prévaloir devant les tribunaux.

Les **dispositions législatives présentement contestées** du Code justice administrative et du Code de la sécurité sociale devront, en conséquence, sauf la **réserve d'interprétation** susmentionnée des articles **L. 521-1** et **L. 522-3 CJA**, être **déclarées inconstitutionnelles** par le **Conseil constitutionnel et abrogées** à compter de la publication de sa décision, Haut Conseil auquel il convient que le **Conseil d'Etat** renvoie la présente **question prioritaire de constitutionnalité**.

.../...

*

La **motivation** de la décision précitée rendue le 29 Avril 2013 par le **Conseil d'Etat** confirme la **nécessité** de faire consacrer par le **Constituant** – en **généralisant le principe de précaution** inscrit à l'article **5** de la **Charte de l'environnement** - la règle selon laquelle **l'irréversibilité susceptible d'accompagner les actions ou omissions de la Puissance publique ne doit pas préjudicier à la protection des droits fondamentaux**. La Haute juridiction administrative y juge, en effet, curieusement « *que, toutefois, en exigeant que la suspension de l'exécution de la décision administrative, dans l'attente du jugement de la requête en annulation ou en réformation de cette décision, soit justifiée par l'urgence, sans définir cette notion, et en laissant ainsi au juge des référés le soin d'examiner si, dans les circonstances propres à chaque espèce, la décision administrative contestée est de nature, eu égard notamment aux effets qu'elle peut produire avant la décision qui sera rendue par le juge du fond, à préjudicier de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre, le législateur n'a pas, en tout état de cause, méconnu sa propre compétence ; qu'il n'a pas non plus méconnu le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** en subordonnant la suspension de l'exécution d'une décision administrative à la fois à l'existence d'une situation d'urgence et à celle d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de cette décision ; (...)* »

*

II-C-2/ LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE QUE L'ETAT DOIT A CHAQUE JUSTICIABLE COMMANDE, EN L'ESPECE, L'INTERVENTION DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE ET DU PREMIER MINISTRE, CO-DETENTEURS DU POUVOIR D'INITIATIVE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

L'évidente **inconstitutionnalité** des dispositions législatives susmentionnées doit conduire les autorités de l'exécutif investies du pouvoir d'initiative des lois constitutionnelles à saisir le Parlement d'un projet de loi porteur de la réforme nécessaire aux fins de supprimer la **contradiction** inhérente au droit positif (**II-C-2-a**).

Il existe, en l'occurrence, une obligation à la charge de l'Etat constituant aux fins que soient consacrés :

- le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** impliquant son **immunité professionnelle** (**II-C-2-b**);

- le **droit constitutionnel des citoyens de concourir personnellement à la formation de la loi** et partant, la suppression de l'acte de gouvernement et consécration de la réserve de pouvoir discrétionnaire (**Doyen Paul DUEZ**) (**II-C-2-c**);

- l'exigence constitutionnelle de **maîtrise de l'irréversibilité** des actes et omissions de la Puissance publique (**II-C-2-d**).

**II-C-2-a/ LA CONTRADICTION MOTEUR DE LA REFORME
CONSTITUTIONNELLE : L'ABROGATION IMPLICITE DES LOIS
INCOMPATIBLES AVEC DES PRINCIPES SUPRALEGISLATIFS
POSTERIEUREMENT CONSACRES**

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

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

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

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

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

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

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

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

On sait, à cet égard, que le **Conseil d'Etat** s'autorise à tirer toutes les conséquences d'une **contradiction** qu'il constaterait entre deux textes législatifs ou entre un texte législatif et un texte constitutionnel, le texte antérieur étant réputé avoir été **implicitement abrogé** par le texte postérieur :

« 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 découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle; (...)** » (CE, Ass. 16 Décembre 2005, Ministère des affaires sociales, Syndicat national des huissiers de justice, n°259584; v. dans le même sens CE, ord. Référé 21 Novembre 2005, BOIVERT, n°287217; CE 12 Janvier 2009, Association France nature environnement, req. N°289080; CE 24 Juillet 2009, n°305314).

Cette jurisprudence doit être approuvée.

C'est là, en effet, l'illustration renforcée de l'adage latin *Lex posterior derogat priori* (la loi postérieure déroge à la loi antérieure) :

« Cet adage trace les limites d'application de la loi dans le temps : quoique la **permanence** entre dans la définition de la loi, il n'empêche que sa **force obligatoire** peut lui être retirée par une **loi postérieure**, pour cette raison qu'entre **deux volontés** successivement émises par la même autorité créatrice, **il est raisonnable de faire prévaloir la plus récente et pour cette autre raison que toute nouvelle législation est censée réaliser un progrès du droit.**

Il n'y a pas de difficulté en présence d'une **abrogation expresse**. (...)

Toute différente est la situation lorsque l'abrogation revêt une **forme tacite**, laquelle résulte de l'**incompatibilité entre deux dispositions qui se contredisent**. C'est là le domaine propre de **Lex posterior derogat priori**. A moins d'admettre que le législateur ait fait oeuvre inutile ou incohérente, **force est de considérer les règles anciennes comme abrogées**, puisque les unes et les autres ne peuvent recevoir en même temps leur exécution. **L'application simultanée étant irréalisable, il faut choisir et le choix s'exerce tout naturellement en faveur de la dernière loi présumée la meilleure ('Le passé peut être aboli par l'avenir, mais le phénomène inverse serait inconcevable'). Il y a donc superfétation de**

la part des rédacteurs de nos lois modernes à inscrire dans un article final le formule habituelle : 'Toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi sont abrogées'. (...)»

(**Professeurs Henri ROLAND et Laurent BOYER**, Locutions latines et adages du droit français contemporain, II, Adages A à L, n°138, Lex posterior derogat priori, pp. 455-456).

Ce faisant, le **Conseil d'Etat** n'ajoute rien à la volonté du législateur qu'il suppose seulement comme **cohérente**. Il dit expressément ce que le législateur a implicitement, mais nécessairement, décidé. La Haute juridiction donne à son pouvoir d'interprétation de la norme qu'elle explicite une étendue maximale qui touche jusqu'à la Constitution, prise comme norme de référence, il est vrai non pas comme étant hiérarchiquement supérieure à la loi implicitement abrogée, mais comme lui étant chronologiquement postérieure.

Comme on le voit, le **principe logique de non-contradiction** sort de **véritables effets juridiques** puisqu'il permet, par le **constat de l'abrogation implicite**, de retirer à une règle législative sa force exécutoire dès lors qu'elle s'inscrit dans un **rapport d'incompatibilité** avec une règle législative ou constitutionnelle postérieure.

Or, le constat de l'abrogation implicite de la loi antérieure inconciliable avec la loi postérieure n'est possible qu'au moyen d'une **interprétation** des deux textes opposés.

Ce n'est donc pas véritablement un contrôle de constitutionnalité – qui est réservé au Conseil constitutionnel et qui ne peut s'exercer qu'entre la loi et la Constitution – auquel se livre le juge administratif suprême, mais plus exactement un **contrôle de compatibilité** auquel préside le **principe de cohérence**. La norme de référence postérieure devra, cependant, être d'un rang au moins égal à la norme qu'elle vient contredire.

C'est dire que le même **principe de cohérence** autorise le **Conseil d'Etat**, lorsqu'il est sollicité de le faire, comme en l'espèce, à s'assurer que l'ordonnancement juridique y satisfait.

De même, comme le souligne la Doctrine, « *Analysée comme un effet de la succession de normes dans le temps, l'abrogation pourrait même naître, nous semble-t-il, de la confrontation de normes nationales avec des **normes internationales postérieures**.*

(...)

Comme le soulignait **Jacques-Henri STAHL** dans ses conclusions sur *l'affaire Syndicat national des huissiers de justice*, ce mode de raisonnement n'est d'ailleurs pas étranger au juge administratif : *c'est celui qui le conduisait, antérieurement à la jurisprudence Nicolo, à considérer que l'entrée en vigueur dans l'ordre interne d'un traité avait pour effet d'abroger implicitement les dispositions législatives antérieures lorsqu'elles s'avéraient incompatibles avec le traité* (*CE 16 octobre 1953, Huckel, Lebon p. 442; CE 15 mars 1972, Dame veuve Sadok Ali, Lebon p. 213; CE 30 janvier 1981, Jacquesson, Lebon p. 39*).

(...)

Il n'est pas neutre de constater que ce critère, d'une grande simplicité opérationnelle, a été retenu même dans l'hypothèse, la plus débattue en doctrine, de **l'abrogation d'une norme législative**, non par un article de la Constitution, mais par un **principe de valeur constitutionnelle**.

(...)

*Le principe d'une telle abrogation n'est pas inédit en jurisprudence. Il peut même se recommander de précédents particulièrement anciens : par un avis du 4 nivôse an VIII, le Conseil d'Etat avait ainsi solennellement affirmé le '**principe éternel qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente ou toute disposition de la loi précédente contraire à son texte**'. Et le Conseil d'Etat ajoutait que le principe était applicable '**à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'Etat**' (Avis du Conseil d'Etat du 4 nivôse de l'an VIII, Rec. Duvergier p. 47; D. 1999, p. 705, note P.).*

(...)

*Jacques-Henri Stahl n'a toutefois eu aucun mal à convaincre l'Assemblée du contentieux que le raisonnement ne pouvait pas, en termes de principes, être différent selon que l'on oppose à une loi antérieure des dispositions du corps même de la Constitution ou des **principes** édictés par son préambule.*

(...)

(**Claire LANDAIS** et **Frédéric LENICA**, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, responsables du Centre de documentation, L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, AJDA 2006, p. 357)

Il n'y aura, dès lors, aucun obstacle à confronter une disposition législative avec un **principe de droit, comme les droits de la défense**, consacré par le **Constituant** ou son **interprète authentique qu'est le Conseil constitutionnel**.

On rappelle, à cet égard, qu'aux termes de l'article **62, alinéa 3** de la Constitution « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.* »

L'autorité de la chose jugée erga omnes dont les décisions du Conseil constitutionnel sont investies confère à **l'interprétation** qu'il donne des dispositions constitutionnelles la même force juridique que les **articles** de la loi fondamentale.

Le même raisonnement peut être suivi, en application de l'article **88-1** de la Constitution, en ce qui concerne les arrêts préjudiciels par lesquels la **Cour de justice de l'Union européenne** donne une **interprétation authentique** des actes de droit dérivé de l'Union, laquelle s'impose à tous les Etats membres et donc à leurs organes constitutionnels.

C'est à l'aune de ce principe de droit constitutionnel que doit être constatée, en l'espèce, par le Conseil d'Etat, **l'abrogation implicite** des dispositions législatives **incompatibles** avec les **principes de droit supralégislatifs** consacrés postérieurement à leur entrée en vigueur.

En d'autres termes, les propositions :

- « *La **profession d'avocat** est une profession **libérale et indépendante**.* » (article **1er**, alinéa **3** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971) ;

- « *Un **conseil de discipline** institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les **avocats** relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.* » (article **22, alinéa 1er** de la même loi),

sont **contradictoires** : un **Avocat soumis à un régime disciplinaire** est un **oxymoron**, semblable à la fameuse « *obscure clarté* » de **Pierre CORNEILLE** ou la « *sublime horreur* » d'**Honoré de BALZAC** (Le Colonel **CHABERT**).

.../...

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

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

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

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

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

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

En effet, de la **loi de HUME**, selon laquelle **de la nécessité on ne peut nullement déduire la réalité**, ni une **proposition appréciative** de **prémises neutres** (« *La loi est l'expression de la volonté générale* »; « *la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante* »), il découle que la norme que l'Avocat **doit** respecter ne saurait être fixée par des dispositions réglementaires, puisque les bornes à sa **liberté professionnelle** « *ne peuvent être déterminées que par la loi.* » (art. **4 DDH**). Et, compte tenu de son **statut constitutionnel**, seul le **législateur organique** sera compétent pour légiférer, comme il l'a fait pour les **magistrats** avec l'**ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

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

*

.../...

Appliqués à la problématique de l'Avocat, les principes susmentionnés conduisent d'emblée à relever une **contradiction** (**contradictio in adjecto**) dans l'expression utilisée par le législateur à l'article **3, alinéa 1er** de la loi précitée du 31 Décembre 1971 : « ***Les avocats sont des auxiliaires de justice.*** »

En effet, comme susmentionné, le terme d'**auxiliaire** employé par l'article **3** de la **loi** n°71-1130 du 31 décembre 1971 et largement véhiculé, à tort, par la jurisprudence et la pratique n'en est pas moins **particulièrement mal choisi** pour désigner les Avocats.

**II-C-2-b/ LA NECESSAIRE CONSECRATION DU STATUT
CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR : L'ABROGATION IMPLICITE
DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE
CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES**

Elle découle naturellement de la **nécessité** de mettre un terme à la **contradiction** existant :

- d'une part, entre les diverses **immunités** dont il jouit naturellement en ce qui concerne la police de l'audience (**1**),

- et, d'autre part, la **fausse dénomination d'auxiliaire** dont la loi l'affuble et le **régime disciplinaire** auquel la loi l'assujettit **inconstitutionnellement** (**2**), **l'Avocat n'étant pas membre d'une profession réglementée** (**3**).

1./ LES IMMUNITES DE L'AVOCAT DEFENSEUR

Révélatrices du **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** (**3**), elles concernent essentiellement celles dont celui-ci jouit à **l'audience** (**1**) et **hors le prétoire** (**2**).

1-1/ L'IMMUNITE A L'AUDIENCE

A **l'immunité de poursuite** prévue par l'article **41, alinéa 4** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision des 19-20 Janvier 1981 précitée, ajouté **l'immunité quant à la police de l'audience**.

Il y juge, en effet :

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

Cette immunité a été plus récemment renforcée par la **Cour de cassation** qui affirme que l'Avocat « *a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat* » (**Cass. 1^o Civ., 04 Mai 2012, Procureur général près la Cour d'appel de Paris c/ Me Francis SZPNER, n°11-30.193, 481**).

1-2/ L'IMMUNITE HORS LE PRETOIRE

« (...) L'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate, et celui-ci serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la CEDH, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure.

(CJUE, 26 Juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones, C-305/05 (question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001)

1-3/ L'IMMUNITÉ SIGNE REVELATEUR DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR

L'**immunité** (tiré du latin *munus* – la charge - *immunitas* : exemption de charge) est classiquement définie, en droit, au sens large comme « *privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres; prérogatives reconnues à une personne (not. étrangère) l'exemptant à certains égards de l'application du droit commun. Ex. les immunités des parlementaires, du Président de la République (Const. 1958, a. 26 et 28). (...)* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige, 9^o édition Août 2011, v^o Immunité, p. 518).

Il apparaît clairement que l'**immunité de prétoire** dont jouit spécialement l'Avocat révèle la **qualité propre** dont il est investi et qui empêche notamment la juridiction devant laquelle il plaide de l'expulser de la salle d'audience.

Cette qualité propre est son **statut constitutionnel de défenseur**. C'est parce qu'il met en œuvre, à titre professionnel, les **droits de la défense** – qui ont **valeur constitutionnelle** – que l'Avocat endosse le même statut constitutionnel qui lui procure l'immunité nécessaire au libre exercice de sa mission.

2./ LE NOUVEAU SERMENT LEGAL ET LA FAUSSE DENOMINATION D'AUXILIAIRE DE JUSTICE : LA RADICALE INCOMPATIBILITE DU REGIME DISCIPLINAIRE AVEC L'INDEPENDANCE ET LE STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'AVOCAT DEFENSEUR

« *Notre histoire n'est pas notre code!* » affirmait justement Jean-Paul RABAUT SAINT-ETIENNE sous la Révolution française, pour s'opposer à la tradition figée de l'Ancien Régime.

Cette saisissante formule illustre parfaitement l'évolution de la législation applicable au serment de l'Avocat.

Ainsi, d'un **serment réglementaire d'allégeance à l'Empire puis aux autorités de l'Etat**, à l'origine, depuis le rétablissement de l'Ordre, en **1810**, on est passé, avec la **loi n°90-1259 du 31 Décembre 1990** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, à une **déclaration légale d'indépendance** :

Article **14** du **décret** du 14 Décembre 1810 :

« (serment) *d'obéissance aux constitutions de l'Empire, de fidélité à l'Empereur, de ne rien dire de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat ou à la paix publique et de ne jamais s'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques* ».

Article **23** du **décret** n°54-406 du 10 Avril 1954 portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau :

« *Je jure de ne rien dire ou publier, comme défenseur ou conseil, de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la **sûreté de l'Etat et à la paix publique** et de ne jamais m'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques.* »

Article **23** du **décret** n°72-458 du 09 Juin 1972 organisant la profession d'avocat, pris pour l'application de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer la défense et le conseil avec **dignité, conscience, indépendance et humanité**, dans le **respect des tribunaux, des autorités publiques et des règles de mon ordre**, ainsi que de ne rien dire, ni publier qui soit contraire aux lois, aux règlements, aux bonne mœurs, à la sûreté de l'Etat et à la paix publique.* »

Article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa version issue de la **loi** n°82-506 du 15 Juin 1982 relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l'audience par un avocat (JO du 16 Juin 1982, p. 1899) :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer la défense et le conseil avec **dignité, conscience, indépendance et humanité**.*

Article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa version issue de la **loi** n°90-1259 du 31 Décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, article **2** entré en vigueur le 1er Janvier 1992 en vertu de l'article **67** de ladite loi :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec **dignité, conscience, indépendance, probité et humanité.*** »

Il doit, ici, être rappelé que le **serment** se définit comme « **Affirmation ou promesse solennelle faite en invoquant un être ou un objet sacré** (qui sert de garantie et sur lequel le jureur transfère la responsabilité), et, par extension, se référant à une valeur morale reconnue, comme gage de sa bonne foi. (...) » (Dictionnaire culturel en langue française, sous la direction d'**Alain REY**, Editions Le Robert 2005, Tome IV, v° Serment, p. 734).

Son étymologie le rapproche du latin « **spondeo, c'est-à-dire garantir, répondre de quelque chose** » (**Emile BENVENISTE**, le Vocabulaire des institutions indo-européennes, Les Editions de Minuit 1969, tome II, pp. 164-165 et 173).

S'agissant d'une **promesse**, d'un **engagement solennel**, par lequel « *Celui qui jure met en jeu **quelque chose d'essentiel pour lui, une possession matérielle, sa parenté, même sa propre vie, pour garantir la véracité de son affirmation.*** » (*ibid.*, p. 164), il ne peut être prêté que par un **être libre** dont **la pensée est pure et les sentiments nobles** : « *Sachez une fois pour toutes, mon père, que **les manants et les bourgeois disent les choses, mais que les gentilshommes jurent.*** » (**Shakespeare**, Un conte d'hiver, II, 5, trad. C.-A. Puget, cité in Dictionnaire culturel en langue française, sous la direction d'**Alain REY**, Editions Le Robert 2005, Tome IV, v° Serment, p. 737).

La **force du serment** est aussi dans la **sanction du parjure** : « *On associe au serment la qualité de **sacré**, la plus redoutable qui puisse affecter l'homme : le 'serment' apparaît ici comme une opération consistant à se rendre **sacer** conditionnellement. Rappelons-nous que l'homme déclaré **sacer** pouvait être tué par n'importe qui. (...) L'expression dévoile la phénoménologie du serment. Le jurant se voue à la malédiction en cas de parjure, et il solennise son acte en touchant l'objet ou la substance investie de ce pouvoir terrible.* » (**Emile BENVENISTE**, *ibid.*, pp. 168-169).

« *Sacramentum est un dérivé, non de sacer, mais du verbe dénommatif sacrare, 'déclarer sacer', 'déclarer anathème' celui qui commet tel délit. Le sacramentum est proprement le fait ou l'objet par lequel on anathématise par avance sa propre personne (sacramentum militaire) ou encore le gage déposé (dans le sacramentum judiciaire). Dès que la parole est prononcée dans les formes, on est potentiellement dans l'état de sacer. Cet état devient effectif et appelle la vengeance divine si on transgresse l'engagement pris. Dans toutes les circonstances, la procédure de l'engagement s'ordonne de la même manière et, dans une certaine mesure, les termes le laissent apercevoir.* » (*ibid.*, pp. 172-173)

« (...) Dans une scène figurée sur le bouclier d'Achille, on voit deux hommes qui discutent, et se querellent au sujet de la poignée pour racheter le meurtre d'un homme. Tous deux vont chez un **istor** pour la décision.

Il est difficile de comprendre qu'il s'agisse d'un témoin, puisque sa présence aurait évité le débat; il s'agit d'un '**arbiter**'. Pour nous, le juge n'est pas le témoin; cette variation de sens gêne l'analyse du passage. Mais c'est précisément parce que istor est le témoin oculaire, le seul qui tranche le débat, qu'on a pu attribuer à istor le sens de 'qui tranche par un jugement sans appel sur une question de bonne foi'.

Du même coup on saisit aussi le sens propre du terme latin arbiter qui désigne l' 'arbitre'. Comme il a été exposé plus haut, arbiter désigne en fait deux fonctions : 1) d'abord le 'témoin' (sens le plus ancien); c'est le seul sens chez Plaute et, encore dans la période classique, *remotis arbitris* signifie 'sans témoins'. Et puis : 2) l' 'arbitre'. En réalité, ce sens s'explique par la fonction propre du *iudex arbiter*. Comme on l'a vu, arbiter est étymologiquement '**celui qui survient**', en tiers, à une action dont il se trouve être témoin sans avoir été vu, celui par conséquent dont le témoignage tranche le débat. En vertu de la loi, le *iudex arbiter* a le pouvoir de trancher comme s'il était l'arbiter témoin, **comme s'il avait assisté à la scène même**.

Tout cela est évoqué aussi par la formule du serment homérique. Pourquoi convoque-t-on les dieux? C'est parce que **le châtement du parjure n'est pas une affaire humaine**. Aucun code indo-européen ancien ne prévoit une sanction pour le parjure. **Le châtement est censé venir des dieux puisqu'ils sont garants du serment**. Le parjure est un délit contre les dieux. Et s'engager par un serment, c'est toujours se vouer par avance à la vengeance divine, puisqu'on implore les dieux de 'voir' ou d'entendre', d'être en tout cas présents à l'acte qui engage. » (*ibid.*, p. 175).

L'histoire atteste de l'importance du serment pour la vie sociale et institutionnelle : « *Au dehors du champ judiciaire, la pratique des serments promissoires demeure omniprésente à travers tout le Moyen Age. Sacre du roi, foi du vassal, intronisation du juge, du maire, de l'échevin, aucun pouvoir; aucune fonction publique laïque n'est pensable sans le serment de son titulaire. Comme les traités, les paix sont jurées; jurées aussi, fréquemment, les législations nouvelles octroyées par le prince. (...)* » (**Dictionnaire du Moyen Age**, sous la direction de **Claude GAUVARD, Alain de LIBERA, Michel ZINK**, PUF, Quadrige Dicos Poche Octobre 2004, quatrième tirage Mai 2012, v° Serment, p. 1328).

De même, sous l'**Ancien Régime**, « **Le serment faisait partie de la cérémonie du sacre**. Il y avait d'abord une promesse de protection à l'Eglise, que le Roi prononçait assis et couvert, puis venait le 'serment du royaume', en latin, par lequel le souverain promettait au peuple chrétien de 'faire conserver en tout temps à l'Eglise de Dieu la paix par le peuple chrétien', d'empêcher 'toutes rapines et iniquités', de faire observer la justice et la miséricorde pour que Dieu répandît sur le prince sa miséricorde, enfin de bannir les hérétiques du royaume. Il tenait les mains sur les Evangiles : il prenait Dieu pour témoin et pour juge. Le Roi prêtait deux autres serments, comme grand maître des ordres du Saint-Esprit et de Saint-Louis, puis un dernier pour faire respecter l'édit sur les duels.

C'était aussi un grand honneur de prêter serment dans les mains du Roi et là il s'agissait d'un hommage vassalique. M. Marion (*Dictionnaire*, p. 510) énumère les principaux dignitaires qui avaient ce droit : archevêques et évêques, le grand maître de l'ordre de Saint-Lazare, les dix grands prieurs de l'Ordre de Malte, le grand maître de France, le grand chambellan, les quatre premiers gentilshommes de la chambre, le grand maître de la garde-

robe, le grand écuyer, le premier écuyer, les capitaines des gardes du corps, des Cent Suisses, des gardes de la porte, le grand prévôt de l'hôtel, le grand maréchal des logis, le surintendant des bâtiments, le grand veneur, le grand fauconnier, le grand louvetier, le premier médecin, les grands officiers de la Couronne, les chevaliers des ordres du Saint-Esprit et de Saint-Louis, le gouverneur du Dauphin et des Enfants de France, les gouverneurs et lieutenants des provinces, le grand maître des armes et blasons de France, les premiers présidents des cours souveraines, le prévôt des marchands et échevins de Paris. En 1713, le cardinal de Polignac, comme maître de la chapelle du Roi, aurait dû prêter serment dans les mains du grand maître de la Maison du Roi, alors le duc de Bourbon, prince du sang; pour ne pas humilier un cardinal, Louis XIV profita d'une absence du prince pour que Polignac pût prêter serment entre ses mains.

(...)

*Dans toutes les sociétés, la pratique du serment était une pratique courante. C'était souvent un engagement qui **prenait à témoin Dieu, ou la transcendance, sans qu'un lien personnel fût en cause.***

(...)

*Néanmoins, le serment normal, voire légal, surtout dans le monde catholique, consistait à toucher les Evangiles. Le pasteur J. de La Placette dans son *Traité sur le serment de 1701* s'opposait aux Quakers dont le refus du serment troublait l'ordre social. Il considérait que le geste servait d'accompagnement au serment qui était pour lui promesse orale d'abord, mais ce geste rendait plus solennel l'engagement. Enfin, l'Encyclopédie décrit ainsi le serment : 'La forme de prêter serment pour les laïcs est de lever la main droite, laquelle doit être nue et non gantée. Les ecclésiastiques mettent la main ad pectus.' Il y aurait là une évolution, les contractants invoquant 'soit le ciel cosmique et abstrait, soit le for intérieur' (D. Nordman). Dans le *Serment des Horace (1784)*, les trois frères lèvent la main droite et tendent le bras vers les armes que tient leur père, mais ils regardent au-delà de ces armes.*

(**Dictionnaire de l'Ancien Régime**, PUF, Quadrige Dicos Poche, sous la direction de Lucien BELY, v° Serments, p. 1159)

De nos jours, dans une **Société démocratique et laïcisée**, comme l'est et doit le demeurer la France, le **serment** n'est plus acte d'allégeance au pouvoir mais, à l'inverse, le signe et le premier acte de l'**indépendance**. En s'engageant solennellement et en prenant à témoin la **prééminence du Droit** (venue remplacer la **puissance divine**), le jureur s'affranchit de toute volonté humaine étrangère à cette autorité suprême. Il se place au-dessus de la **contingence** et se hisse au niveau de la **nécessité**.

Pour l'Avocat, cette **volonté d'indépendance** qui est, en même temps, une **obligation**, est d'autant plus prégnante que le terme figure expressément dans le **serment légal** : « *Je jure, comme Avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, **indépendance**, probité et humanité.* »

L'Avocat ne reçoit d'ordre de personne. Les actes qu'il diligente dans le cadre du mandat de représentation et d'assistance en justice ne sont que l'exécution de sa propre volonté, conjointe à celle de son client. Le serment qui lie l'Avocat au **Droit seul** l'exclut de tout rapport hiérarchique.

Le caractère d'**indépendance** est encore fortement marqué dans la définition des **professions libérales** par l'article **29, I** de la **loi n°2012-387 du 22 Mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives comme celles groupant « *les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.* »

Or, le régime disciplinaire n'a de sens qu'au sein d'un système hiérarchisé. Le pouvoir disciplinaire est, en effet, le prolongement du pouvoir hiérarchique. **L'indépendance est, donc, exclusive de la discipline.**

La sanction de l'éventuelle défaillance de l'Avocat devra être trouvée dans le droit commun. Elle sera d'abord civile, plus précisément procédurale (annulation de l'acte accompli en méconnaissance de la déontologie); exceptionnellement pénale lorsque le comportement adopté sera **manifestement incompatible** avec le serment préalablement prêté à l'exercice des fonctions.

De **l'incompatibilité radicale** entre, d'une part, les **nécessaires immunités** dont jouit l'Avocat pour le bon accomplissement de sa **mission constitutionnelle de défenseur** et, d'autre part, le **régime disciplinaire** auquel la loi prétend le soumettre, on déduit que les dispositions de la loi précitée sont **réputées être implicitement abrogées** (**CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice**).

En effet, en donnant **rang légal** au serment de l'Avocat (**loi n°82-506 du 15 Juin 1982** relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l'audience par un avocat - JO du 16 Juin 1982, p. 1899 -, puis article **2** de la **loi n°90-1259 du 31 Décembre 1990** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, entré en vigueur le **1er Janvier 1992** en vertu de l'article **67** de ladite loi), dans lequel est inscrit le principe d'**indépendance**, le législateur a introduit une **contradiction** dans la loi qui ne peut être réduite qu'en considérant le **régime disciplinaire implicitement, mais nécessairement abrogé**, ce en vertu du principe de droit **Lex posterior priori derogat**.

En outre, les conditions mises à l'accès à la profession d'Avocat par l'article **11** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** (nationalité ou réciprocité; compétence; moralité) n'en font pas, pour autant, une **profession réglementée** comme l'est la profession d'exploitant ou de chauffeur de taxi (**CE, Ass. 2004, BENKERROU**).

**3./ L'AVOCAT N'EST PAS MEMBRE D'UNE PROFESSION
REGLEMENTEE, MAIS UNE AUTORITE DE LA SOCIETE CIVILE RELEVANT
DIRECTEMENT DE LA CONSTITUTION ET DE LA LOI ORGANIQUE**

L'organisation de la profession d'Avocat en **corporation** est le fruit de l'histoire, mais non sa vocation. C'est, ainsi, que par la **loi** des 16 Août-2 Septembre 1790, la **Constituante** a, sur le rapport de **BERGASSE**, Député de Lyon, **supprimé l'Ordre des Avocats** :

« Toute partie aura le droit de plaider sa cause elle-même, si elle le juge convenable et afin que le ministère des avocats soit aussi libre qu'il doit l'être, les avocats cesseront de former une corporation ou un ordre, et tout citoyen ayant fait les études et ayant subi les examens nécessaires, pourra exercer cette profession : il ne sera plus tenu de répondre de sa conduite qu'à la loi. »

Inspirée par la sagesse républicaine, cette loi sera remise en cause par l'Empire (**Décret impérial** du 14 Décembre 1810). La liberté de courte durée qu'ils avaient votée à la quasi-unanimité, les Avocats la perdront sur la décision d'un seul homme, **NAPOLEON**, dont l'hostilité qu'il vouait aux Avocats plaidants se traduit dans la formule aujourd'hui célèbre : *« Je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le gouvernement »*.

Voulu par **FEREY** et imposé par **CAMBACERES**, le **décret** du 14 Décembre 1810 est signé par l'Empereur, *« mais non sans l'assortir de véritables chaînes : les avocats seront asservis dans :*

- leur **tableau** (dressé par le **procureur général** et approuvé par le **garde des sceaux**);
- leur **encadrement** (la totalité du Conseil de l'Ordre ainsi que le **Bâtonnier** sont **désignés par le procureur général**);
- leur **ressort** (l'avocat ne peut plaider que dans son ressort);
- leur **serment** (**politique**);
- leur **discipline** (appel des décisions de l'Ordre devant la Cour, sanction directe par le garde des sceaux);
- leur **liberté** (interdiction de réunion et de grève);
- leurs **honoraires** (obligation de mentionner les honoraires au pied des actes – Ainsi se trouve pour la première fois imposée l'ordonnance de Blois qui avait provoqué la célèbre grève de 1602).

*Telles sont ces entraves imposées aux avocats. Fallait-il accepter? En 1790 les avocats, libres, bâtonnier en tête, avaient disparu sans mot dire. La Révolution avait baillonné, déporté ou assassiné les défenseurs officiels. L'Empire les rétablit chaînes aux pieds. Il est certain que cette longue souffrance, jointe à l'impossibilité d'exercer librement leur métier va créer au cœur des avocats **un besoin de liberté, liberté totale qui va marquer profondément leur démarche politique pendant tout le XIX siècle.** (...) » (**Bernard SUR**, Histoire des Avocats en France des origines à nos jours, Dalloz 1998, p. 155).*

On ne saurait, dès lors, reprocher aux requérants l'ardent désir de liberté qui les anime, moteur de leur légitime entreprise juridictionnelle tendant à la restauration de leurs prérogatives naturelles de défense.

En tout état de cause, le raisonnement qui préside à la solution adoptée par le **Conseil d'Etat** dans l'affaire précitée (**CE, Ass. 2004, BENKERROU**) ne saurait convaincre.

En effet, d'une part, une profession ne saurait être qualifiée de **réglementée** au seul motif que les conditions de son accès sont déterminées par la loi. Ce qualificatif doit être réservé aux activités économiques faisant peser une **charge** ou un **risque** sur la **collectivité** (tel que l'occupation du domaine public ou la circulation routière pour les exploitants et chauffeurs de taxis) dont l'Etat doit assurer le contrôle, au moyen d'une **police administrative spéciale**, ce qui n'est pas le cas de la profession d'Avocat dont l'objet et les moyens sont **purement intellectuels**.

De plus, la défense des libertés et droits fondamentaux des citoyens et justiciables ne peut être confiée qu'aux Avocats, **autorités de la Société civile**. L'Etat qui est débiteur de l'obligation d'assurer à toute personne relevant de la juridiction de la France une protection juridictionnelle concrète et effective s'en acquitte notamment par le truchement des Avocats. Cette mission de défense ne peut être assurée par **aucune autorité de l'Etat**, fût-ce sur réquisition, dès lors que la défense doit être **libre et indépendante**.

D'autre part, dès lors qu'une matière entre dans le champ d'application de la loi, sa mise en œuvre ne peut qu'être assurée par le pouvoir réglementaire, en application de l'article **21** de la Constitution (exécution de la loi) et non en application de l'article **37** qui concerne les matières hors champ d'application de la loi.

La question au centre de cette problématique est celle du respect de la **déontologie** qui ne peut être que garantie et sanctionnée par le droit commun : droit civil et, plus spécialement, procédural; exceptionnellement par le droit pénal en cas de transgression immédiate et manifeste des termes du serment.

C'est bien ce qu'exprimait, devant l'Assemblée, le 17 Août 1789 le **Député BERGASSE**, **Avocat** de son état, dans son **rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire** :

« (...) L'influence du pouvoir judiciaire n'a point de bornes; toutes les actions du citoyen doivent être regardées, en quelque sorte, comme de son domaine; car, pour peu qu'on y réfléchisse, on remarquera qu'il n'est aucune action du citoyen qu'il ne faille considérer comme légitime ou illégitime, comme permise ou défendue, selon qu'elle est conforme ou non à la loi. Or, le pouvoir judiciaire étant institué pour l'application de la loi, ayant, en conséquence, pour but unique d'assurer l'exécution de tout ce qui est permis, d'empêcher tout ce qui est défendu, on conçoit qu'il n'est aucune action sociale, même aucune action domestique, qui ne soit, plus ou moins immédiatement, de son ressort.

L'influence du pouvoir judiciaire est donc, pour ainsi dire, de tous les jours, de tous les instants; et, comme ce qui influe sur nous tous les jours et à tous les instants ne peut pas ne point agir d'une manière très profonde sur le système entier de nos habitudes, on conçoit qu'entre les pouvoirs publics, celui qui nous modifie le plus en bien ou en mal est incontestablement le pouvoir judiciaire.(...)

On ne peut donc contester l'influence sans bornes du pouvoir judiciaire; mais, si son influence est sans bornes, si elle est supérieure à celle de tous les autres pouvoirs publics, il n'est donc aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là; il n'en est donc aucun qu'il convienne d'organiser avec une prudence plus inquiète et des précautions plus scrupuleuses. (...)

.../...

Il y a, comme on sait, deux espèces de liberté : la liberté politique et la liberté civile.

La liberté politique, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de concourir, soit par lui-même soit par ses représentants, à la formation de la loi.

La liberté civile, qui consiste dans la faculté qu'a tout citoyen de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi.

Or, la liberté politique est en danger; toutes les fois que, par l'effet d'une circonstance ou d'une institution quelconque, le citoyen ne concourt pas à la formation de la loi avec la plénitude de sa volonté; toutes les fois que, par une certaine disposition des choses, la loi qui devrait toujours être l'expression de la volonté générale, n'est que l'expression de quelques volontés particulières; toutes les fois que la puissance publique est tellement concentrée, distribuée, ou ordonnée, qu'elle peut facilement faire effort contre la Constitution de l'Etat, et, selon les événements, la modifier ou la détruire.

La liberté civile est en danger toutes les fois que le pouvoir qui doit protéger le citoyen dans sa personne ou sa propriété est tellement institué, qu'il ne suffit pas pour cet objet; toutes les fois encore que, suffisant pour cet objet, il devient malheureusement facile de l'employer au détriment de la personne ou de la propriété.

On ne peut mettre la liberté politique en danger sans y mettre la liberté civile. On sent, en effet, qu'à mesure que le citoyen perd de sa liberté politique ou de la faculté dont il jouit de concourir à la formation de la loi, sa liberté civile, qui n'est elle-même protégée que par la loi, doit être nécessairement moins garantie.

On ne peut mettre également la liberté civile en danger, sans y mettre également la liberté politique. On sent, en effet, que si le pouvoir destiné à protéger la liberté civile, c'est-à-dire cette espèce de liberté dont l'usage est de tous les jours, tendait au contraire à l'altération, le peuple, esclave par sa Constitution civile, serait bientôt sans force et sans courage pour défendre sa Constitution politique.

Afin que le pouvoir judiciaire soit organisé de manière à ne mettre en danger ni la liberté civile ni la liberté politique, il faut donc que, dénué de toute espèce d'activité contre le régime politique de l'Etat, et n'ayant aucune influence sur les volontés qui concourent à former ce régime ou à le maintenir, il dispose, pour protéger tous les individus et tous les droits, d'une force telle, que, toute-puissante pour défendre et pour secourir, elle devienne absolument nulle, sitôt que changeant sa destination, on tentera d'en faire usage pour opprimer. (...) »

(**Orateurs de la Révolution française, I, Les Constituants**, Gallimard 1989, Bibliothèque de La Pléiade, pp. 103 et s.)

II-C-2-c/ LE NECESSAIRE ABANDON DE LA THEORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT

Les moyens et arguments ci-dessus développés militent dans le sens d'une véritable consécration de la **garantie des droits** telle que l'a voulue le Constituant (art. **16 DDH**).

La théorie des **actes de gouvernement** ne trouve plus, aujourd'hui, aucune justification dans une Société démocratique comme l'est et doit le demeurer la France. Elle **doit être résolument bannie de notre ordonnancement juridique.**

II-C-2-d/ LA MAITRISE DE L'IRREVERSIBILITE DES ACTIONS ET OMISSIONS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

C'est à une **conscientisation juridique** que convie la présente procédure, à l'adresse, plus précisément, des autorités de la **Puissance publique**.

L'irréversibilité ne concerne pas uniquement la **thermodynamique**, ou **l'environnement** (**Charte de l'environnement**, article 5 – **principe de précaution**) mais fait connaître ses effets parfois dévastateurs sur les **droits fondamentaux et leurs titulaires**.

Mieux vaut en être rapidement conscient aux fins de maîtriser le plus possible ceux de ses effets les plus nuisibles à la Société.

*

Les **raisons de droit et de fait** ci-dessus exposées militent bien dans le sens de la présentation par **Monsieur le Président de la République**, sur proposition de **Monsieur le Premier ministre**, d'un **projet de loi de révision constitutionnelle** pouvant être rédigé de la façon suivante :

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

Vu le bloc de constitutionnalité, notamment les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, les articles 1er et 89 de la Constitution du 4 Octobre 1958,

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

Article 1er

Le **Titre VIII** de la Constitution est modifié. Il s'intitule: « **La Garantie des droits et la protection juridictionnelle dues par l'Etat** » et comprend les articles **64** à **66** ainsi rédigés:

« Art. **64**: *La garantie des droits est assurée, sous la responsabilité de l'Etat et la vigilance de la Société civile, sur tout le territoire de la République, par la conjugaison des prérogatives précisées dans la loi organique dont sont investis respectivement les Avocats, les Magistrats de l'ordre judiciaire et administratif et le Défenseur des droits.* »

« Art. **64-1**: *L'Etat garantit à tous le droit à une protection juridictionnelle effective et le droit à un procès équitable. Tout justiciable, quels que soient la nature et le stade du procès, a droit à l'assistance ou la représentation d'un Avocat, autorité de la Société civile dont la mission de défense relève de l'ordre public de protection individuelle qui ne s'oppose pas à l'ordre public d'intérêt général, mais l'équilibre.* »

« Art. **65**: *Toute action ou omission de la puissance publique, sans exception, susceptible de porter atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux garantis par la Constitution, le Droit de l'Union européenne, un traité ou accord régulièrement ratifié ou approuvé, ou les règles du droit public international, est soumise à contrôle juridictionnel par l'exercice du droit à un recours effectif, apte à en faire cesser les effets et, le cas échéant, réparer ses conséquences dommageables.* »

*« Art. 66: Nulle mesure à **objet ou effet irréversible** ne peut être exécutée, sauf **risque contraire, actuel et sérieusement opposable d'irréversibilité gravement dommageable**, si elle cesse d'être **nécessaire** au moment de son exécution, ni sans présentation, à cette date, d'une **décision irrévocable au fond de l'autorité publique compétente la prononçant expressément**.*

*Statuant, le cas échéant, sur une demande alléguant ou contestant l'existence d'un tel **risque d'irréversibilité**, le **juge**, lorsque les circonstances permettent utilement sa saisine, détermine, parmi les intérêts en présence et selon les règles de droit en vigueur, ceux qui méritent la protection juridictionnelle la plus appropriée. »*

Article 2

Les articles **64** à **66-1** deviennent respectivement les articles **66-1** à **66-4**.

*

A cet égard, il est patent que **l'annulation**, le cas échéant, de la décision implicite ou explicite de **Monsieur le Premier ministre** et/ou de **Monsieur le Président de la République** refusant de prendre le **décret de présentation au Parlement du projet de loi de révision constitutionnelle** susvisé **impliquerait nécessairement**, au sens de l'article **L. 911-1** du Code de justice administrative (« *Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution* »), **l'édiction de telles mesures**, qu'il serait demandé au Conseil d'Etat de prescrire et ce, **sous astreinte**, en application de l'article **L. 911-3** du même Code.

On doit relever, à ce propos, que la généralité des termes de ce texte législatif (« **une personne morale de droit public** », en l'occurrence **l'Etat**, ou encore « **la juridiction** », autorise sans réserve aucune, son application par le **Conseil d'Etat** aux fins d'enjoindre **l'inscription à l'ordre du jour du Parlement**, en obligeant le Constituant non pas à voter la révision constitutionnelle – ce que la **souveraineté** du Parlement interdit - mais, à tout le moins, à **dûment examiner** un projet de loi tendant à la nécessaire protection de droits et libertés constitutionnellement garantis, comme en l'espèce le **droit à la dignité humaine** (alinéa **1er** du **Préambule** de la Constitution du 27 Octobre 1946) et le **principe d'égalité des citoyens devant la loi** (art. **6 DDH**), sans préjudice de la **responsabilité extracontractuelle** qu'un refus de vote ferait encourir à l'Etat.

*

Vous souhaitant bonne réception de la présente,

Je vous prie de croire, Monsieur le Président de la République, en l'assurance de ma plus haute considération.

Maître Philippe KRIKORIAN

Les requérants fondent leur présente requête sur les **pièces, textes, décisions de jurisprudence et notes de doctrine** suivantes :

I/ PIECES (n°1 à 13 pour mémoire; n°14 à 16 en copie jointe)

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

*

.../...