

**MEMOIRE PORTANT OBSERVATIONS EN
INTERVENTION RELATIVES A UNE QUESTION
PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE**

A

**MONSIEUR LE PRESIDENT ET MESDAMES ET
MESSIEURS LES MEMBRES DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL**

**METTANT EN CAUSE LA CONFORMITE AUX DROITS ET LIBERTES
QUE LA CONSTITUTION GARANTIT DE L'ARTICLE 24 BIS DE LA
LOI DU 29 JUILLET 1881 SUR LA LIBERTE DE LA PRESSE**

(en application des articles **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, **23-4** à **23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel et **6, alinéa 2** de la **Décision** du 04 Février 2010, Portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité)

présentée à l'occasion du pourvoi en cassation n°15-84.335 porté devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation par Monsieur Vincent REYNOUARD,

et renvoyée au Conseil constitutionnel (instance n°2015-512 QPC) par arrêt n°4632 de la Chambre Criminelle de la Cour de cassation en date du 06 Octobre 2015 (**M. Vincent X...**, n°15-84.335) aux motifs que cette disposition législative « *est susceptible de créer une inégalité devant la loi et la justice* ; ».

POUR:

1°) Monsieur Grégoire KRIKORIAN

2°) son épouse, Madame Suzanne KRIKORIAN née TATOYAN

3°) Monsieur Jean AGOPIAN

4°) son épouse, Madame Marie AFARIAN épouse AGOPIAN

5°) Monsieur Jean-Marie AGOPIAN

6°) Monsieur Gilbert BEGUIAN

7°) Madame Dzovinar MELKONIAN

8°) Monsieur Jean JURAMY

9°) Monsieur Jacques KURKDJIAN

10°) Madame Valérie AGOPIAN épouse KRIKORIAN

11°) Madame Maryse KARABOGHOSSIAN

12°) Monsieur Serge KARABOGHOSSIAN

13°) Monsieur Dikran Jean-Paul TIMOURDJIAN

14°) Madame Patricia AVAKIAN

15°) Monsieur Robert Abraham CHAHIMIAN

16°) Monsieur Pierre, Louis TCHEKTCHEKIAN

17°) Monsieur Edouard BROUSSALIAN

18°) Monsieur Samuel TILBIAN

19°) Monsieur Grégoire Arthur FAKRIKIAN

20°) Monsieur Jean Manouk YEREMIAN

21°) Madame Marie Ange JEAN née DER HAGOPIAN

22°) Madame Marie-Armene GARABEDIAN épouse DER HAGOPIAN

23°) Monsieur Johan DER HAGOPIAN

24°) Monsieur Pascal GAZARIAN

25°) Madame Armine KEVORKIAN

26°) Monsieur Michel KEVORKIAN

27°) Monsieur Sevak Michel Raffi KEVORKIAN

28°) Madame Madeleine KEVORKIAN

29°) Monsieur Frédéric VIAS

30°) Madame Nora VIAS

31°) Monsieur Jacques Agop TERZIAN

32°) Madame Christine ALCHER

33°) Monsieur Sarkis SARKISSIAN

34°) Monsieur Jean ATAMIAN,

Intervenants volontaires en demande

Tous représentés devant le **Conseil constitutionnel** par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille), adresse postale du Cabinet **BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20** - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76, Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site Internet www.philippekrimorian-avocat.fr,

CONTRE:

L'ETAT pris en la personne de **MONSIEUR LE PREMIER MINISTRE** domicilié Hôtel de Matignon – 57, Rue de Varenne 75700 PARIS, en sa qualité **d'autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République**, en vertu de l'article **39, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958,

Défendeur à la question prioritaire de constitutionnalité;

EN PRESENCE DE :

1°) Monsieur Robert, Jacques PARMAKSIZIAN

2°) Madame Denise MAGARIAN, son épouse,

Intervenants volontaires en demande,

Représentés par **Maître Bernard KUCHUKIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille) -

*

PLAISE AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

.../...

L'exposé de la situation litigieuse (I) précédera la **discussion juridique** (II).

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

Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN poursuivent depuis l'année **1999**, par la voie **juridictionnelle** et **quasi-juridictionnelle**, la **pleine reconnaissance juridique** du **génocide** perpétré par l'**Etat turc** en **1915**, dont leurs **ascendants** ont été les **victimes innocentes**.

Ils ont, avec vingt-quatre autres requérants, dès la fin de l'année **2010** (**vingt-six mandats aux fins de saisine du Conseil d'Etat** du 20 Décembre 2010 au 27 Mars 2011 – *pièces n°89 à 114* du bordereau des pièces produites dans le cadre des procédures antérieures – *pièce n°1*), mandaté **Maître Philippe KRIKORIAN** aux fins d'obtenir de l'Etat la **transposition adéquate** en France de la **décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil** du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (JOUE 06 Décembre 2008, L. 328/55).

D'autres personnes les ont rejoints dans les procédures qui ont suivi.

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

L'arrêt rendu le 15 Octobre 2015 par la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** (**PERINCEK c. SUISSE, n°27510/08**) revêt, en l'espèce, une importance considérable (**I-G**).

I-A/ LA DEMANDE DES REQUERANTS

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

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

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

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

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

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1°) SURSEoir A STATUER,

AVANT DIRE DROIT,

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

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

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

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

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

en tant que la disposition attaquée du Conseil de l'Union européenne **contrarie l'économie générale de la décision-cadre**, contrevient au **principe de sécurité juridique** et crée une **discrimination** dans la **protection juridictionnelle** que ladite décision-cadre a pour objet de procurer aux **victimes de négationnisme**, celui-ci s'entendant comme la **négation** ou la **banalisation grossière publiques de génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de**

.../...

guerre, par essence **imprescriptibles**, selon que les auteurs de ces crimes auront été ou non jugés par une juridiction nationale ou internationale, dès lors que les victimes de crimes contre l'humanité dont les auteurs seront disparus et donc **insusceptibles de poursuites**, comme c'est le cas notamment du **Génocide Arménien** et de l'**Esclavage**, seront privées de la protection de la loi pénale? »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

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

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

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

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

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

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

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

Article 1er

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

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

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

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

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

.../...

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

Article 2

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

*

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

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

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

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

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

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

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

3. Selon **note en délibéré** du 10 Novembre 2012, les requérants ont demandé au Conseil d'Etat :

.../...

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

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

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

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

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vu le **principe du contradictoire**, ensemble l'article **L. 5** du Code de justice administrative,

1°) CONSTATER que le moyen d'incompétence fondant les conclusions de rejet de Madame le Rapporteur public n'ont pas été communiqués aux requérants ni à leur Conseil avant la clôture de l'instruction, cette circonstance de fait et de droit nécessitant de rouvrir l'instruction, dans le respect du principe du contradictoire ;

EN CONSEQUENCE,

2°) PRONONCER LA REOUVERTURE DE L'INSTRUCTION aux fins qu'il soit tenu compte des moyens et arguments produits par la présente note en délibéré et qu'il soit statué sur le renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 Sur l'organisation du Conseil d'Etat présentée par mémoire distinct et motivé ;

SUBSIDIAIREMENT,

Vu l'article **34** du 26 Octobre 1849 Régplant les formes de procéder du Tribunal des conflits,

3°) RENVOYER au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée (**contrôle de la légalité du refus d'édicter un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi de transposition d'une décision-cadre**) et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal;

PLUS SUBSIDIAIREMENT, SUR LA COMPETENCE,

Vu l'article **35** du décret du 26 Octobre 1849 réglant les formes de procéder du **Tribunal des conflits**, ensemble l'article **R. 771-1** du Code de justice administrative,

4°) RENVOYER au Tribunal des conflits le soin de décider sur la même question de compétence ainsi soulevée;

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

5°) SURSEoir A STATUER,

AVANT DIRE DROIT,

6°) POSER à la **Cour de Justice de l'Union européenne** la question préjudicielle de la **validité de l'article 1er paragraphe 4** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, formulée de la façon suivante:

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

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

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

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

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

7°) POSER à la Cour de Justice de l'Union européenne les questions préjudicielles de l'interprétation de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et du **droit primaire de l'Union européenne**, formulées de la façon suivante:

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

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

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

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

8°) ANNULER pour excès de pouvoir la décision par laquelle Monsieur le Premier Ministre a rejeté la demande des requérants formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 041 827 1877 7 en date du 27 Mai 2011, reçue le 30 Mai 2011 (pièce n°115),

sur le fondement des articles **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « **DDH** »), **39, alinéa 2** de la Constitution du 04 Octobre 1958 (ci-après « **la Constitution** »), **34, § 2, b** du Traité sur l'Union européenne du 07 Février 1992 (ci-après « **TUE ancien** » dans sa rédaction antérieure au **Traité de Lisbonne** du 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009) maintenu en vigueur par les articles **9** et **10** du **Protocole n°36** sur les dispositions transitoires annexé au Traité sur l'Union européenne (ci-après « **TUE** »), au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « **TFUE** ») et au Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (ci-après « **TCECA** »), dans leur rédaction issue du Traité de Lisbonne précité (**Titre VII**, « *Dispositions transitoires relatives aux actes adoptés sur la base des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne* »), ayant pour objet le **dépôt d'un projet de loi** tendant à la **transposition** en Droit français de la **Décision-Cadre 2008/913/JAI** arrêtée le 28 Novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, **à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4**,

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

9°) ENJOINDRE à Monsieur le Premier ministre, sous astreinte de **10 000,00 (DIX MILLE EUROS)** par jour de retard, de:

9-1°) PRENDRE, dans le délai d'**un mois** à compter de l'arrêt à intervenir, **un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi** tendant à la **transposition** en Droit français de la **Décision-Cadre 2008/913/JAI** arrêtée le 28 Novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, **à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4**,

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

« Vu le principe de prééminence du Droit,

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

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

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

.../...

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

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

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

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

Article 1er

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

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

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

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

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

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

Article 2

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

*

.../...

9-2°) FAIRE APPLICATION de l'article **45 alinéas 2 et 4** de la **Constitution** du 4 Octobre 1958 et, à ce titre, **d'engager la procédure accélérée** et de demander à **l'Assemblée Nationale de statuer définitivement**;

9-3°) COMMUNIQUER, conformément à l'article **10, paragraphe 2** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, au **Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne** et à la **Commission** le texte de la loi transposant en droit français ladite décision-cadre, à **l'exclusion** de son article **1er, paragraphe 4**;

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

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

11°) CONDAMNER l'Etat pris en la personne de Monsieur le Premier Ministre à payer à **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** la somme de **20 000,00 € (VINGT MILLE EUROS)** avec intérêts au taux légal à compter du 27 Mai 2011, date de la demande adressée à Monsieur le Premier ministre, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;

12°) CONDAMNER l'Etat aux entiers dépens de l'instance;

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

4. Aux termes de son **mémoire en défense** en dix-sept pages enregistré au Conseil d'Etat le 27 Octobre 2011 et communiqué aux Conseil des requérants par lettre simple du même jour, reçue le 31 Octobre 2011, le **Ministre des Affaires étrangères et européennes** conclut au **rejet** de la requête aux motifs:

1°) qu'il n'appartiendrait pas au **Conseil d'Etat** de connaître du refus du Premier ministre de déposer un projet de loi au Parlement se rattachant directement aux **rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels**, aussi bien en dehors de l'application du droit de l'Union européenne (§§ 3 à 7), que lorsqu'il tend à la transposition d'une décision-cadre (§§ 8 à 19);

2°) que d'**autres voies de droit** que celle du recours pour excès de pouvoir existeraient pour faire sanctionner le défaut de transposition d'une décision-cadre, comme celle du 28 Novembre 2008;

3°) que pour les raisons susmentionnées aux 1°) et 2°), la **question préjudicielle** de la validité de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 Novembre 2008 ne serait pas nécessaire à la solution du litige;

4°) qu'enfin et en tout état de cause, il n'existerait **aucun doute** quant à la validité de ladite décision-cadre.

5. Les requérants ont **répliqué** le 09 Décembre 2011 (*pièce n°I-132*) au mémoire du Ministre des Affaires étrangères et européennes, dans le respect du délai d'**un mois** qui leur a été accordé, **prorogé** jusqu'au 12 Décembre 2011 inclus (*pièce n°I-131*).

6. Par **lettre** en date du 24 Février 2012 reçue le 05 Mars 2012 (*pièce I-139*), le Secrétariat du contentieux a communiqué à **Maître KRIKORIAN** les **observations** en date du 24 Octobre 2011 présentées par le Premier ministre et notifié un délai d'un mois pour y répondre.

7. Les requérants ont **répliqué** le 16 Mars 2012 au mémoire en réponse précité par lequel le Chef du Gouvernement indique s'associer « *aux observations présentées en défense par Monsieur le ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes* ».

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

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

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

11. Postérieurement aux conclusions de rejet que **Madame le Rapporteur public** a développées lors de la **séance publique de jugement** en date du 07 Novembre 2012 à laquelle leur Conseil, **Maître Philippe KRIKORIAN**, a assisté, les requérants, ont, en application de l'article **R. 731-3** du Code de justice administrative (CJA), présenté une **note en délibéré** en date du 10 Novembre 2012, pour répondre au **moyen d'incompétence** du **Conseil d'Etat**, révélé seulement à l'audience du 07 Novembre 2012 et tiré expressément de la **théorie des actes de gouvernement**.

12. Une **question prioritaire de constitutionnalité** portant sur l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 Sur l'organisation du Conseil d'Etat (ci-après « **la loi du 24 Mai 1872** »), fondement historique des **déclarations d'incompétence du Conseil d'Etat** lorsqu'il se considère saisi d'un **acte dit de gouvernement**, a été posée par **mémoire distinct et motivé**, conformément aux articles **23-1** et suivants de l'ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

13. Aux termes de son **arrêt n°350492** du 26 Novembre 2012, le **Conseil d'Etat** s'est **déclaré incompétent** pour connaître de la requête dont il avait été saisi le 30 Juin 2011, aux motifs suivants :

*« 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 , - annexe n°9 - 172).

*

14. Après **déclaration d'incompétence du Conseil d'Etat**, selon **arrêt n°350492** du 26 Novembre 2012, les requérants ont saisi du même litige, en **référé**, **Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille** auquel, selon **assignation** signifiée les 19 et 20 Février 2013, respectivement à **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** et **Monsieur le Premier ministre** et enrôlée sous le **n° RG 13/1008**, ils ont demandé :

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

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

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

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

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

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

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

Vu l'article **267** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (TFUE),

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

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

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

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

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

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

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

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

Vu l'article **809** du Code de procédure civile,

Vu le Code des procédures civiles d'exécution,

Vu l'**arrêt n°350492** rendu le 26 Novembre 2012 par le **Conseil d'Etat** (**rejet de la requête** enregistrée le 30 Juin 2011 – **incompétence de la juridiction administrative**),

Vu la **voie de fait** résultant du défaut de transposition de la décision-cadre du 28/11/2008,

1°) SE RECONNAÎTRE COMPETENT,

2°) SURSEoir A STATUER,

AVANT DIRE DROIT,

3°) POSER à la Cour de Justice de l'Union européenne la question préjudicielle de la validité de l'article 1er paragraphe 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, formulée de la façon suivante:

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

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

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

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

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

4°) POSER à la Cour de Justice de l'Union européenne les questions préjudicielles de l'interprétation de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et du **droit primaire de l'Union européenne**, formulées de la façon suivante:

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

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

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

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

ET EN TOUT ETAT DE CAUSE,

5°) CONSTATER LA VOIE DE FAIT résultant du **refus persistant** opposé par **Monsieur le Premier Ministre de transposer** en Droit français 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,**

en **rejetant la demande des requérants** formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 041 827 1877 7 en date du 27 Mai 2011, reçue le 30 Mai 2011 (*pièce n°115*),

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

ayant pour objet le **dépôt d'un projet de loi** tendant à la **transposition** en Droit français de ladite **Décision-Cadre**, **à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4,**

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

6°) ENJOINDRE à **Monsieur le Premier ministre**, sous astreinte de **10 000,00 (DIX MILLE EUROS)** par jour de retard, de:

6-1°) RETIRER IRREVOCABLEMENT la « *Déclaration des autorités françaises au titre de l'article premier, paragraphe 4, de la décision-cadre* » du 28 Novembre 2008 aux termes de laquelle « *La France déclare, conformément à l'article 1er, paragraphe 4, qu'elle ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés au paragraphe 1, points c) et/ou d), que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction internationale.* »

6-2°) PRENDRE, dans le délai d'un mois à compter de l'arrêt à intervenir, **un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi** tendant à la **transposition** en Droit français de la **Décision-Cadre 2008/913/JAI** arrêtée le 28 Novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, **à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4,**

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

« Vu le principe de prééminence du Droit,

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

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

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

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

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

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

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

.../...

Article 1er

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

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

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

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

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

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

Article 2

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

ou, subsidiairement, comme suit :

« (...)

Article 1er

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

*'Seront punis d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui auront **provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence** dans les conditions visées par le sixième alinéa de l'article 24 en **contestant**, par un des moyens énoncés à l'article 23, **l'existence ou la qualification juridique d'un ou plusieurs génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre notoires** dont la liste chronologique suit :*

.../...

- *Esclavage et Traite;*

- *Génocide Arménien;*

- *crimes visés par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945.*

Vaudra contestation, au sens du présent article, la négation, la banalisation grossière ou la minimisation desdits crimes, de même que l'usage de tout terme ou signe dépréciatif ou dubitatif pour les désigner, tel que « soi-disant », « prétendu », « hypothétique » ou « supposé ».

Article 2

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

*

6-3°) FAIRE APPLICATION de l'article **45** alinéas **2** et **4** de la **Constitution** du **4** **Octobre 1958** et, à ce titre, d'**engager la procédure accélérée** et de demander à l'**Assemblée Nationale de statuer définitivement;**

6-4°) COMMUNIQUER, conformément à l'article **10**, **paragraphe 2** de la décision-cadre du **28 Novembre 2008**, au **Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne** et à la **Commission** le texte de la loi transposant en droit français ladite décision-cadre, à **l'exclusion** de son article **1er**, **paragraphe 4;**

7°) PRONONCER à l'encontre de l'**Etat** une **astreinte de 10 000,00 € (DIX MILLE EUROS) par jour de retard** à compter de l'expiration du délai d'**un mois** susvisé et jusqu'à parfaite et complète exécution, s'il ne justifie pas dans ledit délai, avoir exécuté les obligations mises à sa charge par la décision à intervenir;

Vu l'article **700** du Code de procédure civile,

8°) CONDAMNER l'**Etat** pris en la personne de **Monsieur le Premier Ministre** à payer à **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** la somme de **20 000,00 € (VINGT MILLE EUROS)** avec intérêts au taux légal à compter du **27 Mai 2011**, date de la demande adressée à Monsieur le Premier ministre, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;

9°) CONDAMNER l'**Etat** aux entiers dépens de l'instance, lesquels comprendront notamment les frais de signification, ainsi que la **contribution pour l'aide juridique** prévue par l'article **1635 bis Q** du Code général des impôts;

.../...

SUBSIDIAIREMENT, SUR LA COMPETENCE,

Vu l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** Régplant les formes de procéder du Tribunal des conflits,

10°) RENVOYER au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée (**contrôle de la légalité du refus d'édicter un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi de transposition d'une décision-cadre**) et **surseoir à toute procédure** jusqu'à la décision de ce tribunal;

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

15. La **question prioritaire de constitutionnalité** qu'ils ont présentée selon **mémoire distinct et motivé** déposé au **Greffe des Référés** le 07 Mars 2013, et qu'ils ont réitérée devant la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, selon les mêmes modalités légales, le 12 Juillet 2013, porte sur l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** Sur l'organisation du Conseil d'Etat (ci-après « **la loi du 24 Mai 1872** »), fondement historique des **déclinatoires de compétence** présentés au nom de l'Etat et des **déclarations d'incompétence du Conseil d'Etat** lorsqu'il se considère saisi d'un **acte dit de gouvernement**.

16. Appelée pour la première fois à l'audience du 15 Mars 2013, 08h30, l'affaire a été renvoyée à l'**audience spéciale** du 30 Avril 2013, 10h00 (présidence de **Monsieur Vincent GORINI**, Premier Vice-Président du **Tribunal de Grande Instance de Marseille**).

17. Ont été successivement communiquées à **Maître KRIKORIAN**, par le Greffe des référés du Tribunal de Grande Instance de Marseille, postérieurement à l'audience du 15 Mars 2013 :

- le 18 Mars 2013, les **conclusions** en date du 11 Mars 2013 par lesquelles **Monsieur le Procureur de la République** demande « à *Monsieur le Président du TGI de Marseille de refuser de transmettre à la Cour de Cassation la présente Question prioritaire de constitutionnalité* » ;

- le 20 Mars 2013, la **lettre** en date du 08 Mars 2013, reçue au secrétariat de la Présidence du Tribunal le 12 Mars 2013, par laquelle **Monsieur le Premier ministre** demande à **Monsieur le Président du Tribunal** de « *rejeter les demandes formulées en référé par Me Krikorian* » ;

- le 25 Mars 2013, la **deuxième lettre** en date du 18 Mars 2013, par laquelle **Monsieur le Premier ministre** demande à **Monsieur le Président du Tribunal** de dire « *qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872* » et de rejeter « *la demande relative à la décision de refus qui serait née de l'absence de réponse à la demande de dépôt d'un projet de loi.* » ;

- le 29 Avril 2013, soit la **veille** de l'audience spéciale des référés, la **lettre** en date du 15 Avril 2013, reçue au Greffe le jour même, par laquelle **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** conclut « *comme l'a fait le Premier ministre par lettre du 18 mars 2013, à ce que le juge des référés décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 et rejette la demande relative à la décision de refus qui serait née de l'absence de réponse à la demande de dépôt d'un projet de loi.* ».

18. Dans les **conclusions** déposées par leur Avocat constitué le 26 Avril 2013, Monsieur le Premier ministre et Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône ont repris les mêmes moyens tendant à ce que le juge des référés **se déclare incompétent** et refuse de transmettre la QPC à la Cour de cassation.

19. Comme annoncé le 15 Mars 2013, l'affaire a été plaidée à l'**audience spéciale** qui s'est tenue le 30 Avril 2013, ouverte à 10h00 et levée à 12h15.

20. Vidant son délibéré le 03 Juin 2013, comme annoncé à l'issue de l'audience des plaidoiries, le **Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille** a rendu l'ordonnance attaquée dont le dispositif et les motifs sont les suivants :

« Vu l'article 23-2 de l'ordonnance N°58-1067 du 7 novembre 1958,

Disons n'y avoir lieu de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité posée par les requérants.

Vu l'article 39 de la Constitution et l'article 809 du CPC,

Déclarons radicalement irrecevables les demandes présentées par les requérants à l'encontre de Monsieur le Premier Ministre, autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République.

Vu l'absence de voie de fait reprochable à Monsieur le Préfet des Bouches du Rhône,

Déclarons mal fondées les demandes des requérants présentées à l'encontre de Monsieur le Préfet des Bouches du Rhône en sa qualité de représentant (de) l'Etat dans le département.

*Jugeons dès lors sans objet la **question préjudicielle** posée.*

*Laissons les dépens du référé à la charge des requérants.
(...) »*

21. Le **dispositif** est éclairé par les **motifs** qui en sont le **soutien nécessaire** :

« (...) *Sur l'existence de la voie de fait alléguée*

*Attendu que si la motivation des requérants est en elle-même incontestablement digne de considération et si le travail accompli en leur nom par leur conseil a une non moins incontestable valeur intellectuelle, il n'en demeure pas moins que le juge judiciaire des référés du tribunal de grande instance de Marseille ne dispose d'une autorité légitime que dans le cadre d'un ordonnancement juridique bien précis qui procède de la Constitution du 4 octobre 1958 laquelle organise la **séparation des pouvoirs**, de telle sorte que **Monsieur le Premier Ministre**, en sa qualité d'autorité constitutionnelle détentrice du **pouvoir d'initiative des lois de la République** en vertu de l'article 39 alinéa 1er de la Constitution, **n'est pas soumis à un contrôle de l'autorité judiciaire dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir**, un tel contrôle n'étant pas prévu dans le cadre de la Constitution, (...) »*

22. Comme susdit, selon **mémoire distinct et motivé** transmis le 12 Juillet 2013 via le **Réseau privé virtuel des Avocats (RPVA)**, les concluants ont contesté le refus de transmission à la **Cour de cassation** et ont posé, à nouveau, à la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, à l'occasion et au soutien de l'appel, soutenu le même jour et par le même canal, dont elle a été saisie dès le 04 Juin 2013, la **QPC** de l'article 26 de la **loi du 24 Mai 1872** Sur l'organisation du Conseil d'Etat, que le premier juge, à tort, a refusé de transmettre à la **Cour de cassation**.

23. **Monsieur le Premier ministre** et **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** ont conclu le 13 Août 2013, quant à la **QPC**, puis le 03 Septembre 2013, quant aux autres moyens dont la Cour a été saisie, à la **confirmation** de l'ordonnance querellée, alors même que celle-ci a **rejeté leur déclinatoire de compétence** présenté par conclusions communiquées le 26 Avril 2013.

24. Cependant, **n'hésitant pas à se contredire**, l'Etat a persisté dans son **moyen d'incompétence** de la juridiction judiciaire en alléguant l'existence, en l'espèce, d'**un acte de gouvernement** (**conclusions d'intimés** communiquées le 03 Septembre 2013, § 1, p. 3).

25. **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN**, ainsi que les treize autres requérants ont, dès lors, répliqué, le 11 Septembre 2013, aux écritures de l'Etat, dans la perspective de l'**audience QPC** fixée au 17 Septembre 2013 à 08h15.

26. Ils ont estimé nécessaire, avant toute discussion, d'observer qu'ayant fait le choix, devant le juge des référés, comme en appel, de comparaître par Avocat, **l'Etat**, représenté en l'occurrence par **Monsieur le Premier ministre** et **Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** est tenu, dans la formalisation de ses écritures, spécialement devant les juridictions, à l'égard des requérants, eux-mêmes représentés par un membre du Barreau, au respect de la **déontologie des Avocats**, notamment des **principes de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie**, tels que rappelés par l'article 3, alinéa 2 du **décret n°2005-790** du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

27. Or, des expressions utilisées par les deux autorités de l'Etat susmentionnées, dans leurs « *conclusions d'intimés* » communiquées le 03 Septembre 2013, telles « *confusion écrite extrême* » (page 2/4), « *autant qu'on puisse le comprendre* » (page 2/4 in fine), comme dans leurs « *conclusions d'intimés sur la QPC* » communiquées le 13 Août 2013 (« *l'absence totale de synthèse juridique de la question soulevée, la façon confuse dont elle est exprimée au travers d'un mémoire de 80 pages qui manque de clarté et de rigueur, démontre son peu de sérieux* », page 3/3) qui mettent en cause les **qualités intellectuelles des requérants et/ou de leur Avocat**, auteur des écritures présentées pour eux à la Cour dont cependant le Premier juge avait reconnu qu'ils présentaient une motivation « *en elle-même incontestablement digne de considération* », soutenue par « *le travail accompli en leur nom par leur conseil (lequel) a une non moins incontestable valeur intellectuelle* », ne sont, à l'évidence, **pas compatibles avec les exigences déontologiques susmentionnées.**

28. L'**acrimonie** à l'égard des requérants dont fait, ainsi, montre l'Etat dans ses écritures dissimule mal la **faiblesse de son argumentation**, se bornant à alléguer, sans prouver.

29. L'**audience sur QPC** a été, à la demande de **Monsieur le Procureur général**, qui, pourtant, avait reçu communication du mémoire portant QPC dès le 18 Juillet 2013, à 12h53, renvoyée au 23 Septembre 2013 à 08h15.

30. Aux termes de son **arrêt n°2013/684** rendu le 10 Octobre 2013, la **Première Chambre C de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** :

« Confirme l'ordonnance déferée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les demandeurs,

Dit que les parties et le ministère public seront avisés par tout moyen de la présente décision,

Réserve les dépens. »,

au motif que l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** ne serait **pas applicable au litige** et que **l'acte de gouvernement procéderait d'une théorie autonome**, de telle sorte que la condition prévue par l'article **23-2, 1°** de l'**ordonnance n°58-1067** du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (LOCC) ne serait pas satisfaite, en l'espèce :

« Attendu que ce texte a vocation à s'appliquer, au sens strict, devant la juridiction administrative dans le cadre de la procédure de conflit positif, pour aboutir, le cas échéant, au dessaisissement du Conseil d'Etat; qu'en admettant qu'il puisse également être invoqué devant la juridiction judiciaire, force est de constater qu'aucun précédent n'est invoqué en ce sens et que la cour n'est pas saisie d'un déclinatoire de compétence par le préfet des Bouches du Rhône, selon la procédure spécifique prévue à cet effet par l'article 6 de l'ordonnance du 1er juin 1828, mais d'une exception d'incompétence.

Attendu, dès lors, que l'éventuelle abrogation du texte contesté n'aurait aucun effet utile sur la solution du litige, a fortiori si la cour considérait, au fond, comme le prétendent les demandeurs, que la voie de fait dont ils se plaignent est exclusive de l'acte de gouvernement; que la condition prévue par l'article 23-2 1er de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 n'est donc pas remplie; (...) »

.../...

31. Les quinze appelants ont **répliqué** le 30 Novembre 2013 aux conclusions en réponse, au fond, de **Monsieur le Premier ministre et Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône** notifiées le 03 Septembre 2013 (v. infra § II – DISCUSSION).

32. L'affaire a été plaidée le 17 Décembre 2013 devant la **Première Chambre C** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** laquelle, par **arrêt n°2014/84** du 30 Janvier 2014 (**RG n°13/11760 – pièce n°179**) :

« Vu l'arrêt du 10 octobre 2013,

Dit n'y avoir lieu à annulation de l'ordonnance déférée,

Réformant cette ordonnance et statuant à nouveau,

*Dit que la juridiction judiciaire est **incompétente** pour se prononcer sur les demandes (des appelants),*

Dit n'y avoir lieu à renvoi de la question de compétence au Tribunal des conflits,

Rejette la demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne les appelants aux dépens de première instance et d'appel. »

33. Selon **requête** en date du 13 Mai 2014 fondée notamment sur les articles **19 TUE** et **267 § 3 TFUE** (confirmation du dépôt via l'application e-curia le 13 Mai 2014 à 21h06 – *pièce n°182*), les requérants ont demandé à la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)** :

1°) l'invalidation de l'article 1er § 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (JOUE 06 Décembre 2008, L. 328/55) ;

2°) l'interprétation du droit de l'Union européenne.

34. Il leur a été adressé, le 16 Mai 2014, à 15h58, un **courriel** (*pièce n°183*) du Greffé de cette institution prétendant **refuser d'enregistrer** la requête susvisée :

«

Maître,

Le Greffier a bien reçu la « Requête aux fins de saisine directe de la Cour de justice de l'Union européenne – Renvoi préjudiciel », déposée le 13 mai 2014, par e-curia, visant, d'une part, à l'invalidation de l'article 1^{er}, paragraphe 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil, du 28 novembre 2008, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et d'autre part, à l'interprétation du droit de l'Union européenne.

.../...

À la lecture de celle-ci, il semble indiqué de vous donner de plus amples informations sur la mission et les compétences de la Cour:

Si la Cour assure le respect du droit de l'Union européenne dans l'interprétation et l'application des traités, la Cour n'est toutefois pas une instance supérieure par rapport aux juridictions nationales et elle ne peut ni annuler, ni modifier leurs décisions.

Au demeurant, il convient de relever également qu'en vertu de l'article 267 TFUE, la Cour de justice ne peut être amenée à statuer à titre préjudiciel que si elle est valablement saisie par une juridiction. Dans ces conditions, la Cour ne peut pas enregistrer votre requête.

Ainsi, le greffier de la Cour a le regret de vous informer que la Cour n'est pas en mesure de donner suite à votre demande. Il vous prie de bien vouloir réceptionner, prochainement et par voie postale, le dossier que vous lui avez adressé.

Pour plus d'informations concernant les compétences et le fonctionnement de la Cour, veuillez consulter le site web www.curia.europa.eu.

Greffé de la Cour »

35. La réponse de **Maître KRIKORIAN** ne s'est pas fait attendre (**courriel** du 17 Mai 2014, 01h36 – pièce n°184) :

«
Madame, Monsieur le Greffier,

J'accuse bonne réception et vous remercie de votre **courriel** en date du 16 Mai 2014 à 15h58.

Il m'apparaît, à cet égard, que seule une **lecture cursive** de la requête en deux cent dix pages que j'ai adressée à la Cour, via e-curia, au nom et pour le compte de mes mandants, le 13 Mai 2014 écoulé à 21h06 et qui y a été enregistrée sous la référence **DC26030**, a pu conduire le Greffé à considérer que "*la Cour n'est pas en mesure de donner suite à (notre) demande*".

En effet, il a été expressément précisé dans la requête susvisée, page **98/210**:

"II-B-3-c / LE RETABLISSEMENT DU LIEN D'INSTANCE ET DU DIALOGUE DE JUGE A JUGE DANS L'INTERET D'UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DES REQUERANTS

179. La présente requête n'est **ni un recours en manquement** qui, aux termes des articles **258** et **259 TFUE**, n'est pas ouvert aux particuliers, et qui, en l'espèce, n'est pas davantage ouvert à la Commission (art. **10** du **Protocole n°36 sur les dispositions transitoires**, annexé au Traité de Lisbonne), **ni un recours aux fins d'annulation** d'une décision d'une juridiction nationale qui excéderait la compétence de la Cour. Son introduction ne contrarie, partant, aucune stipulation des traités dont toute interprétation restrictive doit être proscrite (**1**).

.../...

180. Ce recours n'est, en réalité, que le **prolongement du lien d'instance** créé par la saisine, au 30 Juin 2011, du **Conseil d'Etat** et **l'actualisation des demandes de décisions préjudicielles** dont celui-ci a été régulièrement saisi et auxquelles il s'est abstenu, en violation du droit de l'Union, de répondre (**2**).

181. Il est, en outre, la **seule voie de droit** de nature à procurer aux requérants la **protection juridictionnelle effective** qu'ils sont en droit d'attendre de la Cour (**3**)."

Aucun texte, en outre, n'autorise le Greffe à refuser d'enregistrer une requête ni à se substituer à la **Cour de justice** dans sa mission de juger les causes dont elle est saisie.

Ainsi, dans l'affaire ci-jointe, **Christophe GASSIAT c/ Ordre des Avocats de Paris du 21 Février 2013** (C-467/12), une **ordonnance** rendue quatre mois après l'introduction du recours, le 19 Octobre 2012, a été nécessaire pour que la Cour (Septième Chambre) "*composée de M. G. Arestis, président de chambre, MM. J.-C. Bonichot et J. L. da Cruz Vilaça (rapporteur), juges*", M. N. Wahl, Avocat général, entendu, se déclare "*manifestement incompétente pour statuer sur le présent recours (...) irrecevable*."

La présente requête dont la Cour a été saisie le 13 Mai 2014 - fondée notamment sur les articles **19 TUE** et **267 TFUE** combinés, comme relevant du **JUS COGENS** et d'un **intérêt supérieur de civilisation** - mérite, dès lors, d'être **dûment examinée**, selon les règles du **procès équitable**, au sens notamment de l'article **6 § 1** de la **Convention européenne des droits de l'homme**, à laquelle l'**Union européenne** a adhéré (art. **6 § 2 TUE**).

Aussi, vous saurais-je gré, dans le respect du **principe du contradictoire**, de bien vouloir notifier la requête à l'ensemble des **vingt-huit Etats membres**, ainsi qu'au **Conseil de l'Union européenne**, auteur de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 qui aurait dû être transposée dès le 28 Novembre 2010.

Vous souhaitant bonne réception du présent courriel,

Je vous prie de croire, Madame, Monsieur le Greffier, en l'assurance de ma considération très distinguée.

Philippe KRIKORIAN,
Avocat à la Cour (Barreau de Marseille)
Tél. (33) 04 91 55 67 77 - Fax (33) 04 91 33 46 76
Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr
Site Internet www.philippekrimorian-avocat.fr
BP 70212
13178 MARSEILLE CEDEX 20 (FRANCE)

PJ

.../...

36. Le 28 Mai 2014, la **Cour de justice de l'Union européenne** a accusé officiellement réception de la requête du 13 Mai 2014, en attestant de l'enregistrement sous le n° C-243/14 de la « *demande de décision préjudicielle* » du 13 Mai 2014 (deux cent dix pages) - « *Date de la décision de renvoi : 13/05/2014* » – « *Date de dépôt au greffe de la Cour : 13/05/2014* » (*pièce n°185*).

37. Le 16 Juin 2014, les requérants ont présenté, par l'intermédiaire de leur Avocat, une **demande de tierce intervention à Monsieur le Président de la Cour européenne des droits de l'homme** (*pièce n°188*) dans le cadre du renvoi de l'affaire **PERINCEK c. SUISSE - n°27510/08** - devant la **Grande Chambre** (*pièce n°187*), fondée sur les articles **36 § 2** de la Convention européenne des droits de l'homme et **44 § 3** du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme et informé de leur démarche, par le même canal, **Monsieur l'Ambassadeur de Suisse en France**, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 17 Juin 2014 (*pièce n°189*).

Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et les autres requérants ont, ainsi, invité la **Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme**, eu « *égard au caractère exceptionnel de la problématique du Génocide Arménien relevant du JUS COGENS et d'un intérêt supérieur de civilisation* », faisant application de l'article **A1 – Mesures d'instruction - Annexe au Règlement de la CEDH du 1er Juillet 2013**, aux termes duquel :

« (...) 2. *La chambre peut aussi inviter toute personne ou institution de son choix à exprimer un avis ou à lui faire un rapport écrit sur toute question que la chambre juge pertinente pour l'affaire. (...)* »,

à surseoir à statuer et adresser à la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)** une **demande d'avis** ou de **rapport écrit**, pouvant être qualifiée de **demande de décision préjudicielle**, en complément de celles dont cette Haute juridiction est d'ores et déjà saisie, depuis le 13 Mai 2014, par **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et autres requérants** (affaire n° C-243/14).

La question à poser par la **Grande Chambre** à la **Cour de Luxembourg** pourrait, dès lors, être libellée comme suit :

« **Le Génocide Arménien, crime contre l'humanité notoire** commis par l'**Empire ottoman** pendant la première guerre mondiale, au préjudice des **populations civiles arméniennes**, constituant la **Nation arménienne**, reconnu par de nombreux instruments nationaux et internationaux, notamment la **résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne »** (n°C 190/119) et la **loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 »** (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), peut-il être exclu de l'incrimination du négationnisme ou, à l'inverse, doit-il être **implicite**ment, mais **nécessaire**ment considéré comme **compris** dans le **champ d'application** de la **DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal** dont l'article **1er, § 1, sous c)** procède par **compréhension (connotation)** et renvoie, pour la **définition des crimes de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre** dont l'**apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques**, dès lors qu'elles s'accompagnent d'un **risque d'incitation à la violence ou à la haine**, doivent être rendues punissables par chacun des Etats membres de l'Union européenne, au plus tard le 28 Novembre 2010, **'aux articles 6, 7 et 8 du Statut de**

la Cour pénale internationale', convention qui oblige la Suisse (signature du 18 Juillet 1998 et **ratification du 12 Octobre 2001 avec **déclaration** au titre de l'article **103 § 1** du Statut) et dont l'article **69 § 6** rappelle que 'La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire' ?**

L'**ordonnance** rendue le 06 Novembre 2014 et notifiée le 07 Novembre 2014 par laquelle la **Cour de justice de l'Union européenne** se déclare « *manifestement incompétente pour répondre à la demande de M. Krikorian e.a.* » (*pièce n°192*) n'est pas un obstacle à la saisine du juge de l'Union par les **juridictions nationales** (**Cour de cassation, Tribunal des conflits, Tribunal administratif de Marseille** et, présentement, **Conseil constitutionnel**), mais, à l'inverse, **étend leur saisine** aux questions préjudicielles posées dans la **requête** du 13 Mai 2014.

De fait, le 18 Novembre 2014, le **mémoire ampliatif** et le **mémoire portant question prioritaire de constitutionnalité** de l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, ont été, dans la rédaction que **Maître Philippe KRIKORIAN** en avait donnée, dès le 15 Juillet 2014, signés et déposés à la **Cour de cassation**, par **Maître Yves RICHARD**, Avocat aux Conseils, chargé de la représentation des requérants devant le juge de cassation (article **973** du Code de procédure civile).

De même, le 19 Novembre 2014, le **Tribunal des conflits** a été saisi de la requête fondée sur l'article **17** du **décret** du 26 Octobre 1849 sur les formes de procéder du Tribunal des conflits, ainsi que de la **requête tendant à la récusation** de **Monsieur Jacques ARRIGHI de CASANOVA**, Vice-Président du Tribunal des conflits.

Le 1er Décembre 2014, l'Avocat des requérants était informé que **Madame Sophie CANAS** venait d'être désignée comme Conseiller Rapporteur, concernant la **question prioritaire de constitutionnalité**, laquelle est mentionnée sur le site officiel de la Cour de cassation, dans la liste des questions en examen.

Aux termes de la **lettre recommandée avec demande d'avis de réception** adressée par leur Conseil, le 29 Décembre 2014 (*pièce n°194*), les requérants ont demandé à **Monsieur le Premier ministre** l'indemnisation du **préjudice moral** que chacun d'eux subit du fait de l'absence de transposition de la **décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal**.

38. Les requérants ont entendu tirer les conséquences juridiques du **déni de justice** qui, en application du **principe de complétude du système juridique**, loin de les empêcher de se plaindre de ce traitement contraire au droit, justifie qu'ils **actionnent en responsabilité** l'Etat français.

La **requête de plein contentieux** fut déposée au **Tribunal administratif de Marseille** le 30 Décembre 2014 (**Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et a. c/ Etat**, n°1409362).

Aux termes de son **ordonnance** en date du 09 Janvier 2015, **Monsieur Gilduin HOUIST**, Président dudit Tribunal, en application des articles **R. 351-8, R. 312-14** et **R. 312-1** du Code de justice administrative (CJA), a transmis la requête au **Président de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat**, lequel n'a pas, à ce jour, désigné la **juridiction administrative compétente** pour connaître de la demande d'indemnisation des requérants.

La **Cour de cassation** s'est prononcée par arrêt du 04 Février 2015, au rapport de **Madame Sophie CANAS**, Conseiller référendaire, sur les **questions prioritaires de constitutionnalité** à elle posées par **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** et **sept autres requérants (3 à 9)**, à l'appui de leur **pourvoi en cassation** contre l'arrêt du 30 Janvier 2014 par lequel la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** s'était déclarée incompétente pour statuer sur leurs demandes tendant à la transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

Pour refuser de renvoyer la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** au **Conseil constitutionnel**, la **Cour de cassation** estime que la condition de **sérieux** n'est pas remplie par la **deuxième question** qui conteste la constitutionnalité de l'article **13** de la **loi des 16-24 Août 1790 (principe de séparation des autorités administratives et judiciaires)** et de l'article **5** du Code Civil (**prohibition des arrêts de règlement**).

Elle énonce dans l'arrêt précité :

« Que cette question ne présente pas un caractère sérieux ; que, d'abord, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif ; (...) »

(**Cass. 1° Civ., 04 Février 2015, Grégoire et Suzanne KRIKORIAN et a. c/ Premier ministre et Préfet des Bouches-du-Rhône**, n°B 14-21.309, **QPC** – www.philippekrikoriant-avocat.fr, n°190, 06.02.2015).

Cet arrêt, qualifié de « **révolutionnaire** » et de « **fin travail de ciselage du Droit** » par **Maître Philippe KRIKORIAN**, dans son communiqué de presse du 08 Février 2015 (« **L'acte de gouvernement est tombé!** ») publié sur le site www.philippekrikoriant-avocat.fr, a « En substituant au mot « **administration** » qu'employait, jusqu'ici, le **Tribunal des conflits** dans sa jurisprudence (**TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chéneau**, n° C3828) - à la formation de laquelle la **Cour de cassation** concourt - , la formule « **autorités exerçant le pouvoir exécutif** », entendu tirer « **un trait sur deux cents ans d'une pratique dominée par la raison d'Etat conférant l'immunité juridictionnelle aux actes dits politiques.** »

Ce faisant, la **Cour suprême judiciaire** reprend à son compte la formulation du **Conseil constitutionnel** selon lequel :

.../...

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

(CC, **décision n°86-224 DC du 23 Janvier 1987**, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, consid. 15; CC, **décision n°89-261 DC du 28 Juillet 1989**, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, consid. 19).

Le **Tribunal des conflits** a été conduit à se prononcer sur la **demande de récusation** de son Président en exercice, **Monsieur Jacques ARRIGHI de CASANOVA**, telle que présentée par les requérants.

Dans sa **décision n°3995 du 18 Mai 2015**, publiée au Recueil Lebon, le Haut tribunal opère un **revirement à cent quatre-vingts degrés** de sa jurisprudence en la matière et **fait intégralement droit à la demande de récusation**. Il y énonce :

« (...)

Considérant que la récusation d'un membre du Tribunal des conflits est prononcée s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité ; que tel est le cas pour un membre du Tribunal des conflits qui a participé à une décision qui a jugé que le litige, relatif à un acte d'une autorité administrative, ne relevait pas de la juridiction administrative au motif que l'acte en cause touchait aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels ou se rattachait directement aux rapports internationaux de la France ; qu'il y a donc lieu de faire droit à la demande de M. Krikorian et autres ; »

Cependant, contre toute attente, dans sa **décision au fond** rendue quelques semaines plus tard, le **06 Juillet 2015**, le **Tribunal des conflits**, suivant les conclusions du Rapporteur public, marque son attachement à la **théorie des actes de gouvernement** :

« (...)

Considérant que, eu égard au contenu de la décision-cadre du 28 novembre 2008, le refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi en vue de sa transposition en droit interne touche notamment à la conduite des relations internationales de la France ; que, dès lors, en tout état de cause, ni la juridiction administrative ni la juridiction judiciaire ne sont compétentes pour en connaître ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur la validité de la décision-cadre en cause, c'est à bon droit que, par les décisions mentionnées ci-dessus, les deux ordres de juridiction se sont déclarés incompétents pour connaître du litige ; qu'il n'en résulte aucun conflit négatif de compétence ; que la requête est donc irrecevable et doit être rejetée, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 ; »

.../...

La décision s'éclaire des conclusions de **Monsieur l'Avocat général DESPORTES**. Le Haut magistrat conclut à **l'absence de conflit négatif** dans la mesure où, à ses yeux, « Lorsque les dispositions législatives nécessaires à la **transposition d'une directive** n'ont pas été prises, les particuliers auxquels cette carence fait grief, ne sont pas démunis. Ils ne peuvent certes pas saisir le Conseil constitutionnel par la voie de la QPC car si l'exigence de transposition est constitutionnelle, elle n'est pas au nombre des droit ou liberté que la Constitution garantit (23 - Déc. n° 2010-79 QPC, 17 déc. 2010). Ils peuvent en revanche **rechercher la responsabilité de l'Etat** ainsi que l'admet le **Conseil d'Etat** (24 - CE 28 févr. 1992, *SA Rothman International France et SA Arizona Tobacco*, Rec. p. 78 – CE ass. 8 févr. 2007, *Gardedieu*, Rec.), conformément à la jurisprudence de la **Cour de justice** (25 - CJCE 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, C-6 et C-9/90 .) (...) »

Il n'en demeure pas moins vrai que « *Quelle qu'en soit la raison d'être, l'absence de «justiciabilité» des actes de gouvernement, qui heurte le principe de prééminence du droit, fait l'objet de critiques récurrentes.* » (conclusions **F. DESPORTES**, page 2/6).

Il est vrai, que peu de temps après, le **Conseil d'Etat** a reconnu au **juge du plein contentieux** le pouvoir d'adresser des **injonctions** à la personne publique responsable du dommage causé :

« (...)

Sur les conclusions aux fins d'injonction formées devant la cour par M. A... :

6. *Considérant que lorsque le juge administratif statue sur un **recours indemnitaire** tendant à la **réparation d'un préjudice** imputable à un **comportement fautif d'une personne publique** et qu'il constate que ce **comportement et ce préjudice perdurent** à la date à laquelle il se prononce, il peut, en vertu de ses **pouvoirs de pleine juridiction** et lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, **enjoindre à la personne publique en cause de mettre fin à ce comportement ou d'en pallier les effets** ;*

(...)

(**CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 27 Juillet 2015, n°367484**).

Le **recours de plein contentieux** pourrait, si cette jurisprudence est confirmée et étendue à toutes les situations susceptibles de mettre en cause des actes de gouvernement, apparaître comme un **recours parallèle** excluant le **recours pour excès de pouvoir**.

*

.../...

I-B/ LE CONTEXTE HISTORIQUE DE L'AFFAIRE : LA REALITE DU GENOCIDE ARMENIEN ET SA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE FACE AU NEGATIONNISME D'ETAT

39. Le **24 Avril 1915** est commémoré chaque année par les Arméniens du monde entier comme la date à laquelle le **plan d'extermination de la Nation arménienne, première nation au monde à avoir adopté le Christianisme comme religion d'Etat (301)**, a été mis à exécution par le **Gouvernement « Jeunes Turcs »** dirigé, au sein du « Comité Union et Progrès », par le triumvirat **Talaat, Enver et Djemal**, respectivement ministres de l'Intérieur, de la Guerre et de la Marine. Le 24 Avril 2015 sera commémoré le **centenaire** de ce génocide.

40. Sur une population totale de deux millions, **un million cinq cent mille Arméniens**, hommes, femmes, enfants furent ainsi, **sur ordre du gouvernement turc**, sauvagement **assassinés** ou moururent en **déportation** dans les déserts de Syrie et de Mésopotamie, vers les destinations finales de Deir-ez-Zor ou Ras-ul-Aïn.

41. En quelques mois, la **quasi-totalité de la population arménienne** vivant sur les terres de **l'Arménie historique** dépendant de l'Empire ottoman fut **éliminée** dans des conditions **inhumaines et barbares**: pillages, viols, enlèvements, tueries, noyades...

42. Le fait est que la **réalité du Génocide Arménien, premier génocide scientifiquement programmé du vingtième siècle**, est **incontestable** et nul historien de bonne foi ne peut aujourd'hui sérieusement nier que ce génocide a bien été perpétré par l'Empire ottoman au début du vingtième siècle à l'encontre des populations civiles arméniennes vivant sur son territoire et parachevé par la Turquie kémaliste.

43. **Les preuves** de ce génocide sont **accablantes pour la Turquie** dont l'**intention génocidaire** est indéniable (v. notamment la nombreuse bibliographie citée en annexe).

44. On ne peut, à cet égard, passer sous silence les célèbres témoignages du **Vicomte James BRYCE**, d'**Arnold J. TOYNBEE**, du **Docteur Herbert ADAMS GIBBONS**, de l'Ambassadeur américain **Henry MORGENTHAU**, ou encore de **Fridjhof NANSEN**, particulièrement explicites quant à la **responsabilité directe de l'Etat ottoman** dans le **plan d'extermination des Arméniens** (textes publiés en extraits in **Anthologie de textes historiques sur les massacres arméniens de 1915** par Edition Hamaskaïne, 10 Rue Hussein Beyhoum, Beyrouth, Liban – 1972 – *annexe V-17*).

45. Lors de son discours à la Chambre des Lords de Grande-Bretagne, le **Vicomte James BRYCE**, Homme d'Etat et érudit britannique, déclara :

« (...) En fouillant toutes les maisons l'une après l'autre de chaque ville ou de chaque village, on réunissait ainsi toute la population arménienne. Chaque habitant était poussé dans la rue. Quelques hommes furent jetés en prison, où ils furent mis à mort, après avoir été quelquefois torturés. Quant au reste des hommes, ils étaient emmenés avec les femmes et les enfants. Lorsqu'ils étaient parvenus à une certaine distance, les hommes étaient séparés des femmes, et conduits dans les montagnes où ils étaient tués à coups de fusils et de baïonnettes par les soldats ou les tribus kurdes que l'on avait appelées pour aider au massacre. On envoyait les femmes, les enfants, et les vieillards sous la garde des soldats les plus vils – beaucoup de ces derniers avaient été tirés de prison dans ce but – vers le lieu de leur

.../...

destination lointaine, qui était quelquefois parmi les districts les plus malsains du centre de l'Asie Mineure, mais le plus souvent le grand désert qui s'appelle Deir el Zor, et qui se trouve à l'Est d'Alep, dans la direction de l'Euphrate. Ces malheureux, toujours marchant à pied, se voyaient sans cesse, chaque jour, poussés en avant par les soldats, battus par eux, ou bien abandonnés à la mort s'ils ne pouvaient avancer avec la caravane; beaucoup périrent de faim. Le gouvernement turc ne leur avait donné aucune provision, et on leur avait déjà enlevé tout ce qu'ils possédaient. Nombreuses furent les femmes que l'on dépouilla complètement de leurs vêtements et que l'on obligea à marcher ainsi sous un soleil brûlant.

(...)

Lorsque la population arménienne fut chassée de ses foyers, **un grand nombre des femmes ne furent pas tuées, mais elles furent réservées à un sort plus humiliant.** Elles furent saisies, pour la plupart, par des officiers ou des fonctionnaires civils turcs, et **enfermées dans leurs harems.** D'autres furent vendues sur la place du marché, mais seulement à l'acheteur musulman, car elles durent devenir mahométanes de force. Elles ne devaient plus revoir leurs parents ou leurs maris, et **ces femmes chrétiennes étaient condamnées d'un seul coup à l'esclavage, à la honte et à l'apostasie.** Les garçons et les filles furent aussi vendus en grande partie comme esclaves, au prix quelquefois de douze à quinze francs seulement, tandis que d'autres garçons d'un âge plus tendre étaient donnés aux derviches, emmenés dans des espèces de monastères, et **forcés là de se faire musulmans.**

Mais le sort le plus lamentable n'est pas le sort de ceux dont une mort rapide termina les tourments, mais celui de ces malheureuses femmes qui **virent tuer leurs maris et violer leurs filles et qui, avec leurs enfants, furent chassées dans le désert,** où elles ne purent subsister, et où elles furent les victimes des tribus arabes sauvages qui les entouraient. C'est ainsi que, paraît-il, **les trois-quarts ou les quatre cinquièmes** de toute la nation arménienne ont été anéantis; et il n'y a pas de page dans l'histoire, certainement pas depuis l'époque de Tamerlan, qui raconte **un massacre aussi épouvantable et sur une aussi grande échelle.**

Partout où ont combattu les Arméniens, presque entièrement sans armes, ils l'ont fait, parce qu'ils étaient attaqués, et pour se défendre, eux et leurs familles, de la cruauté des ruffians qui composent ce qui s'appelle le gouvernement de la Turquie. L'on ne saurait trouver dans les raisons que quelques autorités ou quelques journaux allemands mettent en avant, la moindre excuse à la conduite du gouvernement ottoman. **Sa politique de massacres et de déportation a été entreprise de gaieté de cœur et sans la moindre provocation de la part des Arméniens.**

Il semble mettre à exécution tout simplement la maxime que formula jadis le Sultan Abdul Hamid : **'La seule façon de se débarrasser de la question arménienne est de se débarrasser des Arméniens'**; et les chefs actuels du gouvernement turc, - ils s'appellent eux-mêmes le Comité de l'Union et du Progrès, - ont suivi cette **politique d'extermination** beaucoup plus à fond et avec beaucoup plus de cruauté qu'elle ne l'avait été sous le règne d'Abdul Hamid. » (annexe V-17 précitée p. 11 à 13).

46. Dans son ouvrage relatif au traitement des Arméniens dans l'Empire Ottoman (1915 – 1916), **Monsieur Arnold J. TOYNBEE,** Historien, ancien Directeur des Etudes à l'Institut Royal des Affaires Internationales et de la Recherche, Professeur d'Histoire Internationale à l'Université de Londres, écrit :

.../...

« (...) **Il n'y a pas de doute possible sur les déportations de 1915.** Les Arméniens de l'Empire Ottoman furent partout arrachés de leurs foyers et déportés aux districts les plus lointains et les plus malsains que le gouvernement pouvait choisir pour eux. Une partie fut assassinée dès le début; d'autres périrent en chemin et d'autres moururent après avoir atteint leur destination. La liste des morts s'élève à plus de 600 000. Peut-être y a-t-il 600 000 des exilés encore vivants; environ 600 000 autres ont été ou convertis de force à l'islamisme, ou se cachent dans les montagnes, ou encore se sont échappés au-delà de la frontière ottomane. **Le gouvernement ottoman ne peut pas nier ces faits, ni les justifier. Aucune provocation, ou aucun acte coupable commis isolément par quelques Arméniens ne saurait justifier un tel crime contre toute une race.**

Mais ce crime aurait pu être expliqué et atténué, si les Arméniens, ou quelques-uns d'entre eux, s'étaient originellement mis dans leur tort, et c'est pourquoi le gouvernement ottoman et ses apologistes allemands ont concentré leurs efforts pour prouver que tel était le cas. (...) ». (annexe V-17 précitée pp. 33-34)

47. Le témoignage du **Docteur Herbert ADAMS GIBBONS**, Historien, extrait de son ouvrage « *La page la plus noire de l'Histoire Moderne* » est, de la même façon, particulièrement probant quant à la volonté d'extermination manifestée par l'Etat ottoman :

« (...) **Donc de mai à octobre, le Gouvernement ottoman poursuit méthodiquement un plan d'extermination de beaucoup plus infernal que le plus sauvage des massacres. Ordre fut expédié à toutes les provinces de l'Asie Mineure de déporter en Mésopotamie toute la population arménienne. Les prescriptions étaient détaillées, explicites. Aucun hameau ne parut assez insignifiant pour être omis.**

(...)

J'achevais d'écrire les lignes qui précèdent, quand apparut chez moi une dame anglaise, que je connais depuis longtemps. Elle arrivait d'Adana, en Cilicie, elle s'y trouvait encore il y a un mois. Son récit est semblable à cent autres. Et des faits identiques me sont confirmés par des témoins américains, anglais, suisses, allemands; toutes les déclarations se corroborent.

Cette dame anglaise m'a donc dit :

‘Les déportations suivent leur cours. De l'intérieur, le long du chemin de fer de Bagdad, **ces malheureux sont dirigés par Adana vers leur voyage de mort.** On se sert de **la voie ferrée** partout où elle existe, pour hâter l'œuvre d'extermination. Celle-ci ne paraît pas aux bourreaux assez prompte là où il n'y a pas de chemin de fer. Ah! Si seulement ils massacraient tout de suite pour en finir, comme aux jours d'Abdul-Hamid! Je me suis trouvée à la station du chemin de fer à Adana, et j'ai vu des femmes tendre leurs enfants hors des voitures et pleurer pour avoir de l'eau. Ils n'avaient même plus la force de manger du pain...; de l'eau seulement! Il y avait là une pompe, je me suis mise à genoux devant les gendarmes turcs, les suppliant de me laisser donner à boire. Mais le train se remit en marche et il était déjà loin que j'entendais encore les cris désespérés. Et ce ne fut pas un fait isolé. Presque chaque jour c'était la même chose. **Lord Bryce** n'a-t-il pas parlé de **huit cent mille victimes**? Il doit y en avoir **un million** aujourd'hui. Peut-on concevoir que des êtres humains laissent même des animaux sauvages mourir de cette mort!’

Après cela, l'Ambassadeur de Turquie à Washington déclare que ce sont là des histoires 'fabriquées', et que ni femmes, ni enfants n'ont été tués! » (annexe V-17 précitée pp. 84 et 86).

48. Dans son « **Récit de l'Ambassadeur MORGENTHAU** », **Monsieur Henry MORGENTHAU**, Ambassadeur des Etats-Unis à Constantinople durant la première guerre mondiale, témoigne :

*« **La retraite de la flotte alliée, qui combattit aux Dardanelles, eut des conséquences que l'on ne soupçonne même pas encore complètement; l'une des plus importantes fut d'isoler l'Empire turc des nations d'Europe, à l'exception de l'Allemagne et de l'Autriche. L'Angleterre, la France, la Russie, l'Italie, qui pendant un siècle l'avaient tenu en tutelle perdirent par là tout moyen d'influence ou de contrôle.***

(...)

*La première manifestation de ce retour à l'existence nationale fut **un drame** qui, à ma connaissance, est **le plus terrible de l'histoire universelle**. La Nouvelle Turquie, affranchie de la surveillance occidentale, célébra sa renaissance **en assassinant près d'un million de ses propres sujets**.*

(...)

Il se passa quelque temps avant que l'histoire des atrocités arméniennes parvint à l'Ambassade américaine, dans tous ses affreux détails.

(...)

*Je vois clairement maintenant, ce qui ne l'était pas à cette époque, que le gouvernement turc avait décidé de cacher ces nouvelles le plus longtemps possible au monde extérieur, et que **l'extermination des Arméniens** ne viendrait à la connaissance de l'Europe et de l'Amérique qu'après achèvement. **Désirant principalement nous la laisser ignorer, ils avaient recours aux tergiversations les plus honteuses, au cours de leurs discussions avec moi ou avec mes collaborateurs.***

*Au début d'Avril, on arrêta à Constantinople environ 200 Arméniens, qui furent envoyés dans l'intérieur. La plupart d'entre eux occupaient **d'importantes situations, socialement ou matériellement parlant**; j'en connaissais plusieurs et compatissant à leurs douleurs, j'intercédai en leur faveur auprès de Talaat. Il me répondit que le gouvernement se trouvait en cas de légitime défense, car les Arméniens à Van venaient de révéler leurs talents révolutionnaires, et que les suspects de Constantinople, par leurs relations avec les Russes, étaient capables de provoquer une insurrection contre le gouvernement ottoman. Le moyen le plus sûr était donc de les expédier à Angora et autres villes éloignée; Talaat niait que l'expulsion de la population arménienne fût partie d'un programme prémédité, et assurait même que celle-ci ne serait point inquiétée.*

*Pendant les détails arrivant de l'intérieur se firent **plus précis et plus inquiétants**. Le **rappel de la flotte alliée des Dardanelles** changea la face des choses. **Jusqu'alors on pressentait qu'il se passait des choses anormales dans les provinces arméniennes**; mais lorsqu'on apprit d'une façon certaine que **les amis traditionnels de l'Arménie : la Grande-Bretagne, la France et la Russie** ne pourraient plus venir en aide à ce peuple malheureux, **le masque tomba**. Au mois d'Avril, je fus subitement obligé de télégraphier en clair à nos consuls; on appliqua de même une censure très sévère à la correspondance, mesures qui étaient évidemment destinées à **cacher les événements d'Asie Mineure**, mais bien en vain. Quoique l'on rendît les voyages extrêmement difficiles, **certains Américains**, principalement des **missionnaires**, réussirent à passer; ils vinrent s'asseoir dans mon bureau et pendant des heures me retracèrent, tandis que des larmes coulaient sur leurs joues, **toutes les horreurs dont ils avaient été témoins – horreurs dont plusieurs avaient été impressionnés au point d'en tomber malades**. Quelques-uns m'apportèrent des lettres de **consuls américains**, confirmant **les détails les plus affreux** de leurs récits et en ajoutant d'autres qu'on ne saurait publier. Et de tout cela, se dégagait nettement l'impression que **la dépravation et la cruauté infernales des Turcs s'étaient surpassées**.*

*Il n'y avait pas d'autre espoir; me disaient-ils, pour sauver environ 2 000 000 d'individus du massacre, de la faim et autres calamités, que l'influence morale des Etats-Unis! Les porte-parole de la nation condamnée déclaraient que si l'ambassadeur américain ne pouvait persuader les Turcs de mettre un frein à leur rage destructrice, la race entière disparaîtrait. Non seulement des missionnaires américains et canadiens me sollicitèrent d'intervenir, mais encore plusieurs de leurs collègues allemands. **Tous confirmèrent les choses les plus affreuses qu'on m'eût déjà racontées et accusèrent leur propre patrie d'être sans pitié, ne dissimulant pas non plus leur humiliation d'être Allemands et alliés à un peuple capable de telles infamies;** tous connaissaient trop bien la politique de leurs pays pour savoir que celui-ci resterait neutre. Il ne fallait point attendre de secours du Kaiser; disaient-ils, l'Amérique seule peut arrêter ces massacres.*

(...)

Cela n'empêcha pas cependant Talaat de me demander la chose la plus étonnante du monde. La New York Life Insurance Company et l'Equitable Life of New York avaient depuis des années fait des affaires considérables avec les Arméniens. L'habitude d'assurer leur vie n'était qu'une autre preuve de leur prospérité.

Je voudrais, dit Talaat, que vous me fassiez avoir par les Compagnies américaines d'assurances sur la vie une liste complète de leurs clients arméniens, car ils sont presque tous morts maintenant, sans laisser d'héritiers : leur argent revient par conséquent au gouvernement, c'est lui qui doit en bénéficier. Voulez-vous me rendre ce service?

C'en était trop, et furieux je lui dis : 'Ne comptez pas sur moi pour vous procurer ces listes' et me levant, je le quittai. » (annexe V-17 précitée pp. 89, 134-136, 145-146).

49. Monsieur Fridjhof NANSEN, Explorateur, Homme de sciences, Homme d'Etat et Humaniste norvégien, lauréat du Prix Nobel 1922 pour la Paix, Haut Commissaire de la Sociétés des Nations pour les Réfugiés, dont le fameux « **Certificat d'identité tenant lieu de passeport pour les Arméniens de Turquie, en conformité de la Circulaire Ministérielle en date du 12 Août 1924** » est exposé au **Musée Nobel à Stockholm (Suède)** (pièce n°191), écrit dans son ouvrage « *L'Arménie et le Proche-Orient* » :

« A la fin de juillet 1914, les Arméniens réunirent à Erzeroum un congrès pour décider de la ligne de conduite qu'ils suivraient si la guerre éclatait entre les Grandes Puissances, étant donné que leur patrie était divisée entre la Turquie et la Russie. Des représentants des Jeunes-Turcs vinrent au Congrès et ayant déclaré que leur gouvernement avait décidé la guerre avec la Russie, ils essayèrent par la promesse de l'autonomie, de pousser les Arméniens à se soulever contre cette puissance. Les Arméniens refusèrent et, tout en se prononçant contre la participation de la Turquie à la guerre, ils promirent néanmoins de faire leur devoir si elle éclatait.

*Les chefs Jeunes-Turcs, fort irrités de leur échec, formèrent alors le plan d'exterminer complètement cette 'vermine' intraitable. Une lettre écrite le 18 février 1915 au dictateur de Syrie pendant la guerre **Djemal-Bey**, à Adana (Cilicie), par un membre du Comité central des Jeunes-Turcs et, 'sur l'ordre des autorités responsables', déclare en effet que **le Comité avait décidé de libérer la patrie turque 'de cette race maudite et prenait par patriotisme la responsabilité de la honte qui de ce fait entacherait l'Histoire ottomane. Le Comité... s'est donc décidé à exterminer tous les Arméniens habitant la Turquie, sans épargner une âme et a donné pleins pouvoirs au gouvernement. Celui-ci donnera aux Valis et aux chefs de l'armée les ordres nécessaires pour l'organisation des massacres'**.*

.../...

(...)

L'ambassadeur allemand, le baron Wangenheim, écrit à Berlin, le 17 juin 1915, que 'Talaat Bey a déclaré ouvertement que la Porte désire profiter de l'occasion que lui offre la guerre pour se débarrasser de ses ennemis intérieurs, sans être gênée par des interventions diplomatiques étrangères', et, le 7 juillet, dans une nouvelle lettre à Berlin : 'Le fait que les déportations ont eu lieu dans des provinces qui n'étaient pas menacées par la guerre, aussi bien que la façon dont elles ont été conduites, montrent que le gouvernement ne poursuit pas autre chose que l'extermination de la race arménienne dans l'empire ottoman. Le 10 juillet 1916, le comte Metternich télégraphie à Bethmann Hollweg que, le gouvernement turc se refuse à se laisser détourner par les représentations allemandes aussi bien que par celles de l'ambassadeur des Etats-Unis ou du Pape, ou aucune autre, de la réalisation de son programme, c'est-à-dire la solution du problème arménien par l'anéantissement des Arméniens.

Une dépêche chiffrée, en date du 15 septembre, ne laisse aucun doute à cet égard :

'Au bureau de police d'Alep.

Il a déjà été dit que, d'ordre du Comité, le gouvernement a résolu d'exterminer tous les Arméniens, résidant en Turquie. Ceux qui s'opposeraient à cet ordre ne pourront être considérés comme amis du gouvernement. Quelque regrettables que puissent paraître les moyens employés pour atteindre le but proposé, il faut étouffer la voix de la conscience et ses propres sentiments d'humanité et mettre fin à l'existence de ce peuple, sans égard pour les femmes, les enfants et les malades.

Signé : le ministre de l'Intérieur, Talaat-Bey'

(...)

En réalité, le plan d'extermination des Arméniens est le résultat d'un calcul de froide politique : il fallait expurger la nation ottomane d'un élément supérieur à la masse du peuple et qui aurait pu devenir dangereux. A cela nous ajouterons la cupidité.

Les atrocités dépassent en étendue et en écoeurante cruauté, tout ce que nous connaissons dans l'histoire. Il peut difficilement en être autrement, quand un peuple dont l'éthique est encore moyenâgeuse, a à sa disposition, les méthodes et les moyens des temps modernes. La lettre que nous avons citée plus haut, prouve que le Comité directeur des Jeunes-Turcs, était prêt à prendre sur lui toute la responsabilité de l'extermination du peuple arménien, c'est-à-dire de sujets turcs et de 'la honte qui entachera l'histoire ottomane'. Aux représentations de l'ambassadeur d'Allemagne, Enver Pacha répondit qu'il prenait l'entière responsabilité de tout ce qui s'était passé en Anatolie. Lui et les autres chefs du Gouvernement portent donc toute la honte d'avoir ajouté à la sanglante histoire turque un chapitre si horrible, qu'il laisse tous les autres dans l'ombre. Les massacres d'Abdul-Hamid deviennent des bagatelles, comparés à ce qu'ont accompli ces 'Turcs modernes'.

(...)

Mais les Jeunes-Turcs ont atteint leur but : nettoyer l'Anatolie du peuple arménien, et ils peuvent dire avec Talaat Pacha que la question arménienne 'n'existe plus'. Aucun gouvernement ou homme d'Etat, américain ou européen, ne s'occupe plus de ce qui s'y passe; il semble que pour eux aussi cette éternelle question arménienne est résolue, noyée dans le sang.

(...)

La S.D.N. croit-elle avoir fait maintenant tout son devoir; et pense-t-elle qu'elle puisse abandonner les Arméniens sans qu'en soient ébranlés son autorité et son prestige en orient?

*Les peuples d'Europe, les hommes d'Etat sont fatigués de cette éternelle question. C'est naturel. Elle ne leur a jusqu'ici rapporté que des déboires; le mot seul d'Arménie réveille dans leur conscience endormie une série de **promesses inexécutées** et qu'ils n'ont jamais cherché sérieusement à tenir. Il s'agissait en effet seulement d'un petit peuple ensanglanté et industriel, mais qui ne possédait pas de gisements de pétrole ou de mines d'or.*

*Malheur au peuple arménien qui fut impliqué dans la politique européenne! Il eût mieux valu pour lui que son nom n'eût jamais été prononcé par un diplomate européen! **Mais le peuple arménien n'a jamais perdu l'espoir; et tandis qu'il se dépensait en un travail énergique et persévérant, il a attendu, il a attendu longtemps. Il attend toujours.*** » (annexe V-17 précitée pp. 187-188, 198-199, 211-212, 218).

50. De même, peut-on utilement consulter les **Archives du Génocide des Arméniens** recueillies et présentées par le **Docteur Johannes LEPSIUS** dans son ouvrage « *Deutschland und Armenien (1914 – 1918)* » publié en 1919 (Edition française Fayard 1986, préface d'**Alfred GROSSER – annexe V-18**) pour finir de se convaincre de la **totale et indiscutable responsabilité de l'Etat ottoman dans l'extermination de la majeure partie du peuple arménien.**

51. L'intention génocidaire de l'Etat turc peut s'inférer des circonstances retenues en tant que présomptions par les tribunaux et la doctrine en la matière.

52. Ainsi, la jurisprudence n'hésite pas à déclarer que l'intention spécifique au crime de génocide « *peut être inférée d'un certain nombres d'éléments, tels la doctrine générale du projet politique inspirant les actes [de génocide] ou la répétition d'actes de destruction discriminatoires. L'intention peut également se déduire de la perpétration d'actes portant atteinte au fondement du groupe, ou à ce que les auteurs des actes considèrent comme tels, actes qui ne relèveraient pas nécessairement en eux-mêmes de l'énumération [des actes de génocide], mais qui seraient commis dans le cadre de la même ligne de conduite* » (**T.P.I.Y., Le Procureur c. Radovan Karadzic et Ratko Mladic**, Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, cit. note 57, par. 92 et 94).

53. La recevabilité d'établissement d'un fait par inférence a, du reste, été reconnue par **la Cour Internationale de Justice (C.I.J. Affaire du Détroit de Corfou**, fond, arrêt du **9 Avril 1949**, *Rec. 1949, p.18*; v. également *l'affaire Nicaragua* dans laquelle la Cour a eu recours aux présomptions circonstanciennes pour établir de nombreux faits: **C.I.J. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci** cités par **Madame Anne-Marie LA ROSA** et **Monsieur Santiago VILLALPANDO** in Actes du Colloque qui s'est tenu les 1er, 2 et 3 Décembre 1998 à l'Institut Catholique de Paris et à la Faculté Jean Monnet, Editions Bruylant - Editions de l'Université de Bruxelles 1999 – *annexe IV-1*, page 106).

54. En l'espèce, il est démontré que **l'entreprise génocidaire** perpétrée par la Turquie ottomane ainsi qu'à sa suite par la Turquie kémaliste, entamée consécutivement au Traité de Berlin de 1878 et définitivement parachevée à la date du Traité de Lausanne en 1923, répond aux conditions définies par la jurisprudence des tribunaux internationaux, ainsi que l'attestent les faits inventoriés dans les développements qui suivent.

55. Les causes du Génocide Arménien ont été analysées par les historiens comme procédant de la volonté de l'Empire ottoman de réaliser **l'union avec les provinces turcophones** d'Asie centrale (**Pantouranisme**), ce projet étant entravé par la présence d'une **population arménienne jugée non-turquifiable** et donc empêchant l'homogénéisation de l'Empire.

56. Il est à rappeler que le génocide de 1915 constituait l'aboutissement de toute une période jalonnée depuis le traité de Berlin de 1878 précité de **massacres à caractère génocidaire** perpétrés par le gouvernement ottoman en réaction aux revendications des élites arméniennes tendant à obtenir **l'égalité des droits** au profit de leurs compatriotes jusque-là soumis au statut de **servage** que réglementait plus ou moins le régime des capitulations.

57. Ainsi, les massacres ordonnés par le **Sultan Abdul-Hamid** en 1894-1896 se soldèrent par **300 000 victimes arméniennes**, provoquant, ainsi, l'indignation de **Jean Jaurès** qui déclara: « *Nous en sommes venus au temps où l'humanité ne peut plus vivre avec dans sa cave le cadavre d'un peuple assassiné* ».

58. Le discours du tribun socialiste et humaniste publié par **Charles PEGUY** dans l'« *Action Socialiste* » (1^{ère} série, G. Bellais, 1899, p. 452-453, cité par **Géraldi LEROY**, Professeur de Littérature française à l'Université d'Orléans in *Revue d'histoire de la Shoah*, Ailleurs, hier, autrement : connaissance et reconnaissance du génocide des Arméniens, p. 359 – *annexe V-19*) est terriblement évocateur des atrocités déjà infligées, à cette époque, par le gouvernement ottoman, aux populations arméniennes :

« La guerre d'extermination qui a commencé, et l'émigration des familles arméniennes partant de leurs maisons détruites par l'incendie; et les vieillards portés sur les épaules, puis abandonnés en chemin et massacrés; et les femmes et les mères affolées mettant la main sur la bouche de leurs enfants qui criaient pour ne pas être trahies par ces cris dans leur fuite sous les bois, et les enfants cachés, tapis sous les pierres, dans les racines des arbres, et égorgés par centaines; et les femmes enceintes éventrées, et leur fœtus embrochés et promenés au bout des baïonnettes; et les filles distribuées entre les soldats turcs et les nomades kurdes et violées jusqu'à ce que les soldats, les ayant épuisées d'outrages, les fusillent enfin en un exercice monstrueux de sadisme, avec des balles partant du bas-ventre et passant au crâne, le meurtre s'essayant à la forme du viol; et le soir, auprès des tentes où les soldats et les nomades se livraient à la même orgie, les grandes fosses creusées pour tous ces cadavres, et les Arméniens fous de douleur qui s'y précipitaient vivants; et les prêtres décapités, et leurs têtes ignominieusement placées entre leurs cuisses; et toute cette population se réfugiant vers les hauts plateaux (...) ».

59. Dans les mêmes conditions de **monstruosité** et pour les mêmes motifs, **30 000 Arméniens** seront massacrés en 1909 dans *le vilayet* (province) d'Adana.

60. L'arrivée au pouvoir des **Jeunes Turcs** en 1908-1909, après la déposition du **Sultan Abdul-Hamid**, ne changea pas la condition des Arméniens auxquels fut soumis le chantage consistant à se turquifier ou à périr, et ce, au mépris des principes les plus élémentaires du droit des gens.

61. Se rangeant aux côtés de l'Allemagne au moment de la guerre qui venait d'éclater en Juillet 1914 entre les puissances de l'Entente et les Empires Centraux, **la Turquie mit à profit cette circonstance pour programmer et organiser le plan d'extermination du Peuple arménien.**

62. L'enseignement cynique de cette **barbarie** fut, d'ailleurs, retenu par **HITLER : au cours d'une guerre totale on pouvait impunément massacrer une population civile** (v. **VERS LA GUERRE TOTALE**, sous la direction de **John HORNE**, Tallandier 2010, Introduction, pp. 11-15 – *pièces n°I-130 et V-23*).

63. C'est ce que le dictateur nazi exprima lors de son discours fleuve qu'il tint le 22 Août 1939 devant ses généraux, à la veille de l'invasion de la Pologne, lors duquel il leur ordonna de tuer en masse les civils polonais pour agrandir l'espace vital allemand. Il fit alors référence aux hordes de Gengis Khan et à **l'annihilation des Arméniens**, en ces termes :

« *Qui parle encore aujourd'hui de l'extermination des Arméniens?* », en ajoutant « *Le monde ne croit qu'au succès.* » (cité par **Monsieur Yves TERNON**, historien, habilité à diriger des recherches à l'Université de Montpellier III, in Revue d'histoire de la Shoah – Le monde juif – Ailleurs, hier, autrement : connaissance et reconnaissance du génocide des Arméniens - Centre de documentation juive contemporaine, n°177-178, Janvier-Août 2003, p. 40 – *Annexe V-19*).

64. **HITLER** avait déjà, quelques années auparavant, alors qu'il n'était qu'un chef de parti, fait référence à **l'extermination des Arméniens**, lors d'une conférence de presse donnée au Rédacteur en chef du Leipziger Neueste Nachrichten, **Richard BREITLING**, où il exposait ses plans de « transformation » de l'Europe, insistant sur le besoin d'espace vital de l'Allemagne, une obsession déjà formulée dans « Mein Kampf » : il veut appliquer à la Pologne les mêmes méthodes que celles employées par les Turcs contre les Arméniens. **HITLER** parle alors d'une politique de transfert de populations :

« *En 1923, la petite Grèce a pu réinstaller un million de personnes. Pensez aux déportations bibliques et aux massacres du Moyen-Age et souvenez-vous de l'extermination des Arméniens* » (cité par **Monsieur Yves TERNON** susnommé in L'actualité du génocide des Arméniens, actes du colloque organisé par le Comité de Défense de la Cause Arménienne à Paris-Sorbonne les 16, 17 et 18 Avril 1998, p. 139 – *Annexe V-13*).

65. **L'entreprise génocidaire de l'Etat turc** ayant débuté avec l'arrestation de six cents notables et intellectuels arméniens de Constantinople, le **24 Avril 1915** et s'étant prolongée dans les semaines qui ont suivi par des **massacres systématiques de masse**, les gouvernements de l'Entente, savoir **France, Angleterre et Russie**, se sont mis en devoir dès le 24 Mai 1915, par une déclaration commune, de mettre en garde la Turquie contre ces forfaits, dans les termes suivants:

« *En présence de ces nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation, les gouvernements alliés font savoir publiquement à la Sublime Porte qu'ils tiendront personnellement responsables desdits crimes tous les membres du gouvernement ottoman ainsi que ceux de ses agents qui se trouveraient impliqués dans de pareils massacres.* »

66. La notion de *crime contre l'humanité* venait de naître, s'ajoutant, ainsi, aux deux infractions de caractère international déjà retenues par la **Convention de La Haye de 1907**, savoir **le crime contre la paix et le crime de guerre**.

67. Passant outre à cet avertissement, la Turquie poursuivit, néanmoins, ses actes de **génocide** relayés par la politique de **turquification radicale** entreprise par le gouvernement de **Mustapha Kemal** et devant aboutir à **l'épuration définitive des populations arméniennes** de leurs territoires historiques, entérinée par l'injuste **Traité de Lausanne** signé le 24 Juillet 1923 qui **ne mentionna même plus le nom d'Arméniens**.

68. Les puissances alliées, notamment la France et la Grande-Bretagne venaient, ainsi, pour des raisons d'opportunisme politique et économique, de renoncer, en définitive, aux engagements pris envers les Arméniens au cours de la guerre.

69. Dès l'accomplissement de son forfait, la Turquie s'empressa d'en **dissimuler les preuves** et présenta une **version falsifiée** de cette période, en méconnaissance flagrante du verdict de la Cour Martiale de 1919 condamnant par contumace les principaux responsables du Génocide, savoir, **Talaat, Enver et Djemal** désignés clairement par l'acte d'accusation qui précisait que « *le massacre et la destruction des Arméniens étaient le résultat de décisions prises par le Comité central de l'Ittihad* » et que le processus de décision impliquait « *des délibérations étendues et approfondies* » à l'issue desquelles le schéma qui devait être mis en place contre les Arméniens « *avait été déterminé dans le détail* ».

70. N'hésitant pas à nier l'évidence, la Turquie inaugurait, de la sorte, sa **diplomatie négationniste**.

71. Depuis lors, les Arméniens se sont constamment heurtés au **négationnisme** de la Turquie **érigé en système**, dans leur combat devant les instances internationales pour la reconnaissance du génocide dont ils ont été les victimes.

72. Le Génocide Arménien - *génocide exemplaire* selon le mot de **Monsieur Jean-Marie Carzou** – (*Annexe V-1*) répond, pourtant, parfaitement aux critères dégagés par la **Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide** approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 Décembre 1948, comme s'entendant « *de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:*

Meurtre de membres du groupe;
Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe;
Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe ».

73. Il est à préciser, à cet égard, que le terme « **génocide** » fut créé par le grand juriste américain **Raphaël LEMKIN**, juif polonais d'origine, qui étudia de près la question arménienne, à l'occasion du procès, tenu les 2 et 3 Juin 1921 à Berlin, qui fut sanctionné par **l'acquittement de Soghomon TELHIRIAN**, l'exécuter justicier de **TALAAAT**.

74. La destruction des Arméniens de l'Empire ottoman initia, ainsi, une réflexion et un travail qui aboutirent, par la volonté de LEMKIN à la **Convention** de 1948 précitée.

75. Les critères définis par la Convention internationale susvisée ont été repris pour l'essentiel, par le **Nouveau Code pénal français** dont l'article **211-1** dispose:

« Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants:

atteinte volontaire à la vie;
atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique;
soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe;
mesures visant à entraver les naissances;
transfert forcé d'enfants.

Le génocide est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables au crime prévu par le présent article. »

76. Malgré les pressions constantes exercées par l'Etat turc, la reconnaissance internationale du Génocide Arménien se mit lentement en marche.

77. Ainsi, convient-il, ici, de rappeler qu'en Avril 1984, s'est tenu à Paris à la Sorbonne un colloque rassemblant de nombreux historiens et experts internationaux dont **Monsieur Adolfo PEREZ ESQUIVEL**, Prix Nobel de la Paix, intitulé « **Tribunal Permanent des Peuples** » lequel a reconnu dans sa sentence le **Génocide Arménien** en ces termes:

« L'extermination des populations arméniennes constitue un crime imprescriptible de génocide au sens de la Convention du 9 Décembre 1948;

Le gouvernement des Jeunes-Turcs est coupable de ce génocide, en ce qui concerne les faits perpétrés de 1915 à 1917;

Le génocide arménien est aussi un crime international dont l'Etat turc doit assumer la responsabilité, sans pouvoir prétexter, pour s'y soustraire, d'une discontinuité dans l'existence de cet Etat;

Cette responsabilité entraîne principalement l'obligation de reconnaître officiellement la réalité du génocide et du préjudice en conséquence subi par le peuple arménien;

L'organisation des Nations Unies et chacun de ses membres sont en droit de réclamer cette reconnaissance et d'assister le peuple arménien à cette fin. »

78. La sous-commission contre les mesures discriminatoires et pour la protection des minorités dépendant de la commission des Droits de l'Homme de l'ONU a fait de même en **1985** sur le rapport de **Monsieur Benjamin WHITAKER**.

79. Le **Parlement Européen** lui emboîta le pas le **18 Juin 1987** par sa « **résolution sur une solution politique de la question arménienne** » (*annexe I-1*), dans les termes suivants:

.../...

« (...) B. convaincu que la reconnaissance de **l'histoire même du peuple arménien** en Turquie implique la reconnaissance de **son identité** en tant que minorité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse,

C. considérant que les Arméniens qualifient ces événements de **génocide organisé**, au sens de la Charte des Nations Unies de 1948,

D. considérant que l'Etat turc rejette l'accusation de génocide comme non fondée,

E. constatant que jusqu'à ce jour, le gouvernement turc, par son refus de reconnaître le **génocide de 1915, continue de priver le peuple arménien du droit à sa propre histoire**,

F. considérant que jusqu'à présent, le **génocide arménien, historiquement prouvé**, n'a donné lieu à aucune condamnation politique, ni à aucune réparation en conséquence,

G. considérant que la reconnaissance du génocide arménien par la Turquie doit dès lors être vue comme un acte profondément humain de réhabilitation morale envers les Arméniens qui ne peut que faire honneur au gouvernement turc,

H. regrettant profondément et condamnant le terrorisme absurde de groupes d'Arméniens responsables, entre 1973 et 1986, de plusieurs attentats, réprouvés par une écrasante majorité du peuple arménien, ayant causé la mort ou blessé d'innocentes victimes,

I. considérant que l'attitude intransigeante devant la question arménienne des gouvernements turcs qui se sont succédé n'a contribué en aucune manière à apaiser la tension;

(...)

2. est d'avis que les événements tragiques qui se sont déroulés en 1915-1917 contre les Arméniens établis sur le territoire de l'Empire ottoman **constituent un génocide** au sens de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 9 décembre 1948; (...);

3. **demande au Conseil d'obtenir du gouvernement turc actuel la reconnaissance du génocide commis envers les Arméniens en 1915-1917** et de favoriser l'instauration d'un dialogue politique entre la Turquie et les délégués représentatifs des Arméniens;

4. **estime que le refus de l'actuel gouvernement turc de reconnaître le génocide commis autrefois contre le peuple arménien par le gouvernement « jeunes Turcs », sa réticence à appliquer les normes du droit international dans ses différends avec la Grèce, le maintien des troupes turques d'occupation à Chypre ainsi que la négation du fait kurde, constituent, avec l'absence d'une véritable démocratie parlementaire et le non-respect des libertés individuelles et collectives, notamment religieuses, dans ce pays, des obstacles incontournables à l'examen d'une éventuelle adhésion de la Turquie à la Communauté;**

5. s'associe, vu la tragédie qui a frappé le peuple arménien, au désir de celui-ci que se développe **une identité spécifique**, que soient garantis ses droits de minorité et que ses ressortissants puissent bénéficier sans entrave des **droits de l'homme et du citoyen**, tels qu'ils

.../...

sont définis dans *la Convention européenne des droits de l'homme* et ses protocoles y afférents;

(...)

13. invite les Etats membres de la Communauté à instituer **une journée commémorant les génocides et les crimes contre l'humanité commis au Xxe siècle** et en particulier ceux dont ont été victimes **les Arméniens et les Juifs**;

(...)

15. charge son Président de transmettre la présente résolution à la **Commission, au Conseil européen, aux ministres des Affaires étrangères réunis dans le cadre de la coopération politique au Conseil d'Association C.E.E. / Turquie ainsi qu'aux gouvernements turc, iranien et soviétique et au Secrétariat général des Nations Unies.** »

80. A la même période, plusieurs chefs d'Etat comme les Présidents américain **Ronald REAGAN** ou argentin **Raoul ALFONSIN** déclarèrent reconnaître le Génocide Arménien.

81. Ainsi, le 22 Avril 1981, le Président américain Ronald REAGAN déclarait, à l'occasion de la Journée du Souvenir de l'Holocauste :

« Comme le génocide des Arméniens avant cela, et le génocide des Cambodgiens qui suivit, et comme tant de persécutions de ce genre dont trop de peuples furent victimes, les leçons de l'Holocauste ne doivent jamais être oubliées. »

82. Ses successeurs firent de même les années ultérieures.

83. Parallèlement, nombre d'assemblées législatives ont d'ores et déjà, de par le monde, reconnu le Génocide Arménien.

84. Ainsi, l'**Uruguay** en 1965; la Douma russe en 1995; les **Parlements grec et chypriote** en 1996, le **Sénat belge, dix-huit Etats américains** dont dernièrement, le **Sénat de l'Etat de Virginie**, la **Suède** le 29 Mars 2000, ainsi que les municipalités de **Paris, Lyon, Marseille et Milan** en Italie et plus récemment, les **Parlements suisse, lituanien, le Conseil municipal d'Edimbourg**, ainsi que le **Grand Rabbín d'Israël, Jonah METZER**, qui lors de sa visite en Arménie au **Catholicos de Tous les Arméniens Karékine II**, a déclaré devant le monument commémoratif du **Génocide Arménien**:

*« J'emploie le terme de **génocide**. Les photos que nous avons vues dans le musée du génocide parlent d'elles-mêmes. Personne ne peut sympathiser avec les Arméniens autant que nous les juifs. »* et qu'il ne partageait pas la position des gouvernements successifs israéliens refusant de reconnaître le Génocide Arménien.

85. Pourtant, la Turquie actuelle continue à nier le Génocide Arménien.

86. C'est ainsi qu'existe à Ankara un monument dédié à la mémoire de prétendues victimes des Arméniens.

87. Le **négationnisme turc** a redoublé d'intensité à l'occasion de la discussion le 21 Septembre 2000 au **Congrès américain** de la résolution **398** tendant à la reconnaissance du Génocide Arménien.

88. Par la voix de son ambassadeur à Washington, **Monsieur Baki ILKIN**, la Turquie a fait savoir qu'elle déploierait « *tous ses efforts pour que cette résolution ne soit pas adoptée* », qu'elle réfutait l'existence « *de tout génocide des Arméniens dans l'histoire* » et **considérerait l'accusation contenue dans la résolution 398 « aussi insignifiante qu'un bout de papier »**.

89. Les menaces et pression turques ont payé puisque quelques heures avant le vote, la résolution fut retirée, sur demande du **Président Bill CLINTON**.

90. De la même façon, la France, malgré la bonne volonté de certaines personnalités et des députés français, a adopté, à l'égard de cette question, jusqu'au vote par le Parlement français de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 (annexe I-7)** après trente-deux mois de tergiversations particulièrement pénibles pour la communauté arménienne, une position ambiguë qui la plaçait en marge de la Communauté internationale, laquelle s'est engagée résolument sur la voie de la reconnaissance de ce génocide.

91. Ainsi, **Monsieur Claude CHEYSSON**, Ministre des Relations Extérieures déplorait en 1982 « *le refus constant des autorités turques de reconnaître les massacres de populations arméniennes en 1915 comme un génocide* ».

92. Le Premier Ministre de l'époque, **Monsieur Pierre MAUROY** et le Ministre de l'Intérieur **Monsieur Gaston DEFFERRE** auront la même prise de position.

93. De la même façon, le Président de la République française, **Monsieur François MITTERRAND**, s'est prononcé favorablement pour la reconnaissance du Génocide Arménien, le 7 Janvier 1984 à Vienne.

94. Monsieur Jacques CHIRAC, lui-même, alors qu'il était candidat à l'élection présidentielle de 1995 avait déclaré en réponse à la question du Comité de Défense de la Cause Arménienne, savoir si à ses yeux le massacre des Arméniens constituait un acte de génocide:

« L'acte de génocide est défini par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide signée à Paris le 9 Décembre 1948 et entrée en vigueur le 12 Janvier 1951 (...) Je crois surtout que le monde ne saurait oublier que les deux tiers de la population arménienne de l'Empire ottoman ont été exterminés en 1915 et 1916 sur l'ordre du gouvernement de ce pays.

95. Mais, ces déclarations de principe n'eurent que peu d'écho politique en France jusqu'au vote de la loi précitée et même après celui-ci, demeurent, actuellement, **sans effet juridique probant**, - compte tenu de l'impossibilité en France de poursuivre les abus de la liberté d'expression sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile - la proposition de loi déposée sur le Bureau du Sénat tendant à la répression du Génocide Arménien ayant été, **de façon très surprenante et en violation du Droit**, déclarée irrecevable le 04 Mai 2011 par la Haute Assemblée.

96. En Europe, mais en dehors des frontières communautaires, on doit aussi relever, avec intérêt, l'arrêt du 12 Décembre 2007 du **Tribunal fédéral suisse** rejetant le recours de Dogu PERINCEK reconnu coupable de **discrimination raciale** au sens de l'article **261 bis alinéa 4** du Code pénal suisse (PERINCEK c/ Association Suisse-Arménie – *pièce n°87*) et rappelant qu'il existe « **un consensus général, scientifique notamment, sur la qualification des faits de 1915 comme génocide** » (§ 4.6) justifiant l'application de la loi pénale, en l'absence même d'une loi de reconnaissance.

97. Plus récemment, il est à noter la prise de position particulièrement digne du Juge fédéral argentin **Norberto OYARBIDE** jugeant, le 1er Avril 2011, en application de la loi argentine relative aux « *procès pour la vérité* » (juicios por la verdad) que « ***l'Etat turc a commis un crime de génocide au détriment du peuple arménien dans la période allant de 1915 à 1923*** » (*pièce n°88*).

I-C/ LES ACTIONS JURIDICTIONNELLES ET QUASI-JURIDICTIONNELLES ENGAGEES NOTAMMENT PAR MONSIEUR ET MADAME GREGOIRE KRIKORIAN TENDANT A LA RECONNAISSANCE EFFECTIVE DU GENOCIDE ARMENIEN

98. 1°) Prenant acte de l'**attentisme manifeste**, contraire à tous les principes généraux du droit, dont faisaient preuve les autorités politiques françaises, dans le but de **bloquer le processus législatif** amorcé par le vote de la proposition de loi pourtant adoptée à l'**unanimité** le 29 Mai 1998 par l'Assemblée Nationale française, aux termes de laquelle « **La France reconnaît publiquement le Génocide Arménien de 1915** », **Monsieur Grégoire KRIKORIAN** prit l'initiative, avec dix-neuf autres personnes, d'adresser, le 8 Octobre 1999, par l'intermédiaire de son Conseil, à **Madame Nicole FONTAINE**, alors Présidente du Parlement européen, une **pétition**, fondée sur les articles **194** du Traité de Rome instituant la Communauté européenne et **174** et suivants du Règlement du Parlement européen (*annexe I-5*).

99. Par cet acte qui se fondait essentiellement sur la **résolution** exposée ci-dessus (§ 79) du 18 Juin 1987, les pétitionnaires demandaient au Parlement européen « *qu'il se saisisse à nouveau de la question du Génocide Arménien et à cet égard exerce toute l'influence que lui permet le Droit communautaire sur le Gouvernement et le Sénat français ainsi que le Gouvernement turc aux fins que le vote de la proposition de loi susmentionnée puisse être conduit librement jusqu'à son terme et qu'à son tour, la France reconnaisse publiquement par la voix de sa Représentation Nationale le Génocide Arménien.* »

100. Cette pétition a été déclarée **recevable** le 7 Mars 2000 par la Commission des pétitions du Parlement européen, ainsi que **Monsieur Nino GEMELLI** en a informé le Conseil du requérant par lettre en date du 20 Mars 2000 (*annexe I-6*), ce qui confirme bien que **la question du Génocide Arménien fait partie intégrante du domaine d'activités de l'Union européenne.**

101. 2°) N'ayant, cependant, obtenu aucune autre garantie de la part de cette institution communautaire, **Monsieur Grégoire KRIKORIAN** et vingt-trois autres personnes entreprirent, par l'intermédiaire de leur Avocat, de saisir la **Cour Européenne des Droits de l'Homme** aux fins de dénoncer les violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dont l'Etat français s'était rendu l'auteur en refusant, de fait, le vote de la proposition de loi susvisée et en **privant le Génocide Arménien de la protection de la loi pénale**, alors que celle-ci est accordée aux descendants des victimes des crimes nazis.

102. Contre toute attente et après le vote de la **loi** du 29 Janvier 2001 auquel la saisine de la Cour de Strasbourg n'est manifestement pas étrangère, la Haute juridiction décida, le 14 Mars 2002, en vertu de l'article **28** de la Convention européenne des droits de l'homme de déclarer la requête introduite le 20 Octobre 2000 **irrecevable**, considérant que les conditions posées par les articles **34** ou **35** de ladite Convention n'avaient pas été remplies et ajoutant :

« *Compte tenu de l'ensemble des éléments en sa possession, et dans la mesure où elle était compétente pour connaître des allégations formulées, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles.* »

103. 3°) Par requête introductive d'instance déposée au **Tribunal Administratif de Marseille** le 4 Octobre 2002, enregistrée le même jour sous le numéro **0204797-1**, **Monsieur Grégoire KRIKORIAN**, requérant, a demandé la condamnation de l'Etat français à lui verser la somme d'**1,00 € (UN EURO)**, à titre d'indemnisation du **préjudice moral** à lui causé par **l'absence en France de loi incriminant et réprimant les contestations du Génocide Arménien**.

104. Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, a répondu au nom et pour le compte de l'Etat, par un **mémoire** déposé le 10 Novembre 2003 où il conclut au **rejet au fond** de la requête de **Monsieur Grégoire KRIKORIAN**.

105. Il y a exposé que :

1°) La différence de traitement juridique entre le Génocide Juif, d'une part et le Génocide Arménien, d'autre part, ne serait pas constitutif d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article 26 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques en raison des particularités de l'holocauste telles qu'elles auraient été reconnues par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'Assemblée M. Pelletier et autres du 6 Avril 2001;

2°) L'article 24 alinéa 3 de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse permettrait de poursuivre du chef d'apologie de crime contre l'humanité ceux qui présenteraient sous un jour favorable le Génocide Arménien ou ses auteurs, la loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001 pouvant, de plus, selon lui, servir de fondement à des poursuites pénales, sans préjudice d'une action civile;

3°) La question de l'incrimination de la négation du Génocide Arménien échapperait à la compétence de la Communauté européenne;

4°) La responsabilité de l'Etat du fait d'une loi ne trouverait pas son fondement dans la faute, le requérant ne pouvant, en l'occurrence, selon l'autorité ministérielle, se prévaloir d'aucun préjudice grave et spécial.

106. Monsieur Grégoire KRIKORIAN a répliqué par **mémoire** déposé au Greffe du Tribunal Administratif de Marseille le 23 Janvier 2004.

107. Aux termes de **mémoires** déposés respectivement au Tribunal les 3 Décembre 2004, 25 Mars et 25 Mai 2005, **soixante-neuf personnes** ont manifesté la volonté **d'intervenir volontairement en demande** en première instance, aux fins de soutenir les prétentions de Monsieur KRIKORIAN dont l'épouse du requérant, **Madame Suzanne KRIKORIAN née TATOYAN**, **quatre députés français** et **deux associations**.

108. La **clôture de l'instruction** a été prononcée par **ordonnance** de Monsieur le Président de la Première Chambre en date du 16 Juin 2005 à effet au 1er Septembre 2005 à 12h00.

109. Selon **lettre** en date du 24 Novembre 2005, le Conseil des requérants a demandé la communication des **conclusions de Monsieur le Commissaire du Gouvernement**.

110. Celui-ci a fait connaître le **sens général** de ses conclusions lors d'un entretien téléphonique dont il prit l'initiative le 28 Novembre 2005.

111. A l'audience publique du 29 Novembre 2005, Monsieur le Commissaire du Gouvernement a conclu à l'**irrecevabilité** de l'ensemble des soixante-neuf interventions volontaires et au **rejet au fond** de la requête de Monsieur Grégoire KRIKORIAN tant au subsidiaire, qu'au principal.

112. Ainsi qu'ils s'en étaient expressément réservé la faculté lors de l'audience publique par l'intermédiaire de son Avocat, Monsieur Grégoire KRIKORIAN et les soixante-neuf personnes intervenant volontairement en demande ont fait déposer une **note en délibéré**, en application du **droit à un procès équitable** garanti notamment par les articles **6 § 1** de la **Convention européenne des droits de l'homme** (ci-après « **CEDH** ») et **14 § 1** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966 (ci-après « **PIDCP** »), de même qu'en vertu du **principe du contradictoire** qui en est le corollaire, aux fins de **répondre** aux **conclusions** de Monsieur le Commissaire du Gouvernement.

113. Par **jugement** rendu le 13 Décembre 2005 et notifié le 12 Janvier 2006, le Tribunal Administratif de Marseille a :

- déclaré **non admises** les **interventions** présentées par les **mémoires** enregistrés les 3 Décembre 2004, 25 Mars 2005 et 25 Mai 2005;(article **1er**);
- rejeté la **requête** déposée le 4 Octobre 2002 au nom et pour le compte de **Monsieur Grégoire KRIKORIAN** (article **2**).

114. C'est le **jugement attaqué** par la **requête d'appel n°06MA00751** en date du 10 Mars 2006 développant la **discussion juridique** en son **§ II, dont les termes sont intégralement maintenus** et à laquelle il y a lieu de se reporter, comme ci-après explicité.

115. Par mémoire enregistré le 31 Mai 2007, Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la justice, a repris la même argumentation que celle soutenue au nom de l'Etat devant le Tribunal.

116. Informés le 28 Mai 2008 de la date de l'audience publique du 02 Juin 2008 à 10h30, les requérants ont, le 29 Mai 2008 par l'intermédiaire de leur Conseil, demandé par écrit la communication des **conclusions de Madame le Commissaire du Gouvernement** aux fins de satisfaire au **principe du contradictoire**.

117. Il leur a été répondu par lettre de **Monsieur le Greffier en Chef** en date du 30 Mai 2008 que Madame le Commissaire du Gouvernement allait conclure « *au rejet de la requête* », sans autre précision.

118. A l'audience du 02 Juin 2008, Madame le Commissaire du Gouvernement, tout en admettant la **compétence** de la **Cour Administrative d'Appel** pour connaître de la demande indemnitaire des requérants, sur le fondement de la **violation des engagements internationaux de la France**, au vu notamment de la jurisprudence **GARDEDIEU** du 08 Février 2007, rappelée par la demande du 29 Mai 2008, a conclu au rejet de la requête.

119. Les requérants ont entendu, dès lors, par une **note en délibéré** déposée au greffe de la Cour Administrative d'Appel de Marseille le 24 Juin 2008, en application du **droit à un procès équitable** garanti notamment par les articles **6 § 1** de la **Convention européenne des droits de l'homme** (ci-après « **CEDH** ») et **14 § 1** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966 (ci-après « **PIDCP** »), de même qu'en vertu du **principe du contradictoire** qui en est le corollaire et de l'article **R. 731-3** du Code de justice administrative, **répondre** aux **conclusions** de Madame le Commissaire du Gouvernement, faculté qui leur a été expressément reconnue lors de l'audience publique par Madame le Président de la formation de jugement.

120. Aux termes de son arrêt rendu le 30 Juin 2008, notifié aux requérants le 1er Juillet 2008, la Cour Administrative d'Appel de Marseille a **rejeté la requête** (article 1er).

121. Cet **arrêt** a fait l'objet du **recours en cassation n°320 260** déposé le 1er Septembre 2008 au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat (*pièce n°60*) par lequel les requérants demandaient au **Conseil d'Etat**:

1°) d'ANNULER l'arrêt attaqué n°06MA00751 rendu le 30 Juin 2008 et notifié le 1er Juillet 2008 par lequel la **Cour Administrative d'Appel de Marseille** (Cinquième Chambre) a **rejeté leur requête d'appel**;

2°) de REGLER L'AFFAIRE AU FOND en application de l'article **L. 821-2** du Code de justice administrative;

En conséquence, de:

3°) DECLARER recevables et bien fondées l'ensemble des soixante-neuf interventions volontaires présentées par mémoires devant le Tribunal Administratif de Marseille;

4°) DEBOUTER l'Etat de ses prétentions ;

5°) DIRE ET JUGER que **l'abstention d'agir** du **législateur français** en ce qui concerne le vote d'une loi permettant la poursuite des auteurs de contestations du **Génocide Arménien** devant les juridictions pénales françaises, dans les mêmes termes que la **loi dite Gayssot** du 13 Juillet 1990 ayant créé l'article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse incriminant et réprimant la contestation des crimes nazis, **méconnaît gravement les droits fondamentaux** de **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN**, citoyens français et descendants de rescapés de ce génocide perpétré par **l'Etat turc** en **1915**, et des autres requérants, en ce que, notamment, **la protection juridictionnelle effective** à laquelle ils ont droit n'est pas assurée ;

6°) DIRE et JUGER qu'une telle **carence du législateur national** est constitutive d'une **discrimination directe et indirecte** et d'une **violation suffisamment caractérisée du droit communautaire** de nature à engager la **responsabilité de l'Etat** ;

SUBSIDIAIREMENT et AVANT DIRE DROIT,

Vu l'article **234** du **Traité de Rome** du 25 Mars 1957 instituant la Communauté européenne,

7°) POSER à la **Cour de Justice des Communautés Européennes** la **question préjudicielle** suivante :

*« Une législation comme la **législation française** caractérisée par l'**absence de loi incriminant et réprimant les contestations persistantes** sur le territoire national dont fait l'objet le **Génocide Arménien** – bien que reconnu par la **loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001** - à l'instigation de l'**Etat turc** dont le Code pénal réprime de **dix ans d'emprisonnement** toute évocation du **Génocide Arménien**, alors même que les contestations des **Génocides Juif et Tzigane** sont punies en France de sanctions pénales par l'article **24 bis** de la **loi du 29 juillet 1881** sur la liberté de la presse depuis la **loi Gayssot du 13 Juillet 1990**, est-elle incompatible avec les articles **3, 8 et 14** de la **Convention Européenne des Droits de l'Homme**, d'une part et les articles **7, 17 et 26** du **Pacte International relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966, d'autre part, et en tant que telle constitutive d'une **violation suffisamment caractérisée du droit communautaire** de nature à ouvrir devant les **juridictions administratives françaises** une **action en indemnisation** au profit, en particulier, des membres de la communauté arménienne, minorité nationale ? »*

SUBSIDIAIREMENT, AU FOND,

8°) DIRE ET JUGER que l'**abstention d'agir** du **législateur français** en ce qui concerne le vote d'une **loi** permettant la poursuite des auteurs de contestations du **Génocide Arménien** devant les **juridictions pénales françaises** constitue une **violation** des articles **3, 8 et 14** de la **Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)**, d'une part et des articles **7, 17 et 26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966, d'autre part, garantissant respectivement le **droit à la dignité humaine**, le **droit au respect de la vie privée et familiale** et le **droit à ne pas subir de discrimination**, cette **carence fautive** du **législateur national** étant de nature à engager la **responsabilité extracontractuelle de l'Etat** devant (le juge administratif) sur le fondement de l'article **1er** de la **CEDH**;

ENCORE PLUS SUBSIDIAIREMENT,

Vu l'article **61-1** de la Constitution du 04 Octobre 1958,

9°) RENVOYER avant dire droit l'affaire au **Conseil Constitutionnel**, aux fins d'obtenir une réponse à la **question préjudicielle** suivante:

« *L'article 24 bis de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse issu de la loi n°90-615 du 13 Juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, JORF du 14 Juillet 1990, p.8333, dite loi Gayssot, est-il conforme avec le principe constitutionnel d'égalité tel que consacré notamment par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 Août 1789 et par l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958, en ce que ce texte législatif réserve la protection par la loi pénale à la seule mémoire des victimes des crimes nazis, en excluant de son bénéfice les rescapés et descendants de victimes des autres crimes contre l'humanité et parmi eux, spécialement, le Génocide Arménien reconnu sur le plan international et par la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001?* »;

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

10°) CONDAMNER l'Etat pris en la personne de Monsieur le Premier Ministre à payer à Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et aux autres requérants la somme d'1,00 € (UN EURO) à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice moral que ceux-ci subissent du fait de la carence de l'Etat législateur en ce qui concerne le Génocide Arménien ;

Vu l'article L. 761-1 du Code de Justice Administrative,

11°) CONDAMNER l'Etat pris en la personne de Monsieur le Premier Ministre à payer à Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN la somme de 15 000,00 Euros (QUINZE MILLE EUROS) avec intérêts au taux légal à compter du 4 Octobre 2002, date de la saisine du Tribunal Administratif de Marseille, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;

12°) CONDAMNER l'Etat aux entiers dépens de l'instance;

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

122. Faisant application de l'article L. 822-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'Etat a, par décision du 18 Décembre 2008, déclaré que « *Le pourvoi de M. et Mme KRIKORIAN et des autres requérants n'(était) pas admis* » (*pièce n°119*), **sans autre motivation.**

123. 4°) Sur le plan communautaire, dès le 9 Octobre 2003, Monsieur Grégoire KRIKORIAN, son épouse Madame Suzanne KRIKORIAN et l'Association EURO-ARMENIE ont, par l'intermédiaire de leur Conseil, saisi le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, puis, sur pourvoi, le 16 Janvier 2004, la Cour de Justice des Communautés Européennes aux fins que les institutions communautaires en cause, savoir le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes tirent les conséquences politiques et juridiques de la résolution susvisée du 18 Juin 1987 ayant créé dans le chef de la communauté arménienne d'Europe et donc dans celui du requérant, une confiance légitime à ce que lesdites institutions s'alignent sur la teneur de cette résolution faisant de la reconnaissance préalable du Génocide Arménien par la Turquie une condition sine qua non de l'examen de sa candidature à l'adhésion à l'Union européenne (*pièces I-12 à I-15*).

.../...

124. Aux termes de son **ordonnance** rendue le 29 Octobre 2004 (affaire **C-18/04 P** – *pièce I-41*), la **Cour de justice de l'Union européenne** confirme – par la **reconnaissance implicite de sa compétence** et l'**examen sommaire de l'affaire au fond** – l'**applicabilité du Droit de l'Union européenne** à la problématique du **Génocide Arménien**.

« (...)

Sur la recevabilité

(...)

- *Appréciation de la Cour*

(...)

25 Le **pourvoi**, pris dans son ensemble, en ce qui concerne les premier, troisième et quatrième moyens, **comporte des moyens et arguments sur lesquels il s'appuie**.

26 Il résulte de ce qui précède que le pourvoi en ce qui concerne les premier, troisième et quatrième moyens est **recevable**.

Sur le bien-fondé des premier, troisième et quatrième moyens

- *Appréciation de la Cour*

(...)

31. Statuant dans le cadre du recours en annulation, la Cour a cependant jugé qu'il fallait examiner la nature de l'acte en cause plutôt que la forme qu'il revêt et vérifier s'il est destiné à produire des effets juridiques (arrêt du 28 novembre 1991, Luxembourg/Parlement, C-213/88 et C-39/89, Rec. p. I-5643, point 15). **Un tel examen exige une analyse du contenu et de la portée de la résolution** (voir, en ce sens, arrêt du 22 septembre 1988, France/Parlement, 358/85 et 51/86, Rec. p. 4821, point 15). (...) »

125. 5°) Selon **requête** enregistrée le 27 Octobre 2004 (**Référé-liberté**), Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN, l'Association EURO-ARMENIE, le Conseil de Coordination des Associations Arméniennes de France – Marseille-Provence (CCAF) ont demandé au juge des référés du Tribunal Administratif de Marseille:

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

Vu la Constitution du 4 Octobre 1958, notamment ses articles 10, 19, 52, 55 et 88-1, ensemble le bloc de constitutionnalité,

Vu le Traité de Rome du 25 Mars 1957 instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 10, 149, 151, ensemble le Traité sur l'Union européenne du 7 Février 1992, notamment ses articles 6 et 49;

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

Vu le Pacte International relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 19 Décembre 1966, notamment son article 26 ;

Vu la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne du 7 Décembre 2000,

.../...

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

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

Vu les articles L. 521-2, L. 911-1 et L. 911-3 du Code de justice administrative,

Vu le décret du 5 Novembre 1870, notamment son article 2,

1°) DIRE ET JUGER que la décision du Président de la République française de ne pas subordonner l'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne à la reconnaissance préalable par cet Etat et sans réserve aucune du **Génocide Arménien** pourtant reconnu, notamment, par la **résolution A 2 - 33 / 87 du Parlement européen du 18 Juin 1987** et par la **loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001**, **normes de jus cogens**, constitue une **atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales de Monsieur Grégoire KRIKORIAN** et des autres requérants, spécialement le **droit à la dignité humaine** et le **droit au respect de la vie privée et familiale**, respectivement garantis par les articles 3 et 8 de la **Convention européenne des droits de l'homme**;

EN CONSEQUENCE,

PRINCIPALEMENT,

2°) ENJOINDRE à Monsieur le Président de la République:

- la **publication au Journal Officiel de la République française**, dans le délai de **quinze jours** à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, et sous astreinte de **5 000,00 € (CINQ MILLE EUROS)** par jour de retard, d'une **décision** pouvant prendre la forme d'un décret, arrêté, communiqué ou toute autre forme et faisant expressément mention du **Génocide Arménien** reconnu, notamment par la **résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987** et la **loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001**, comme **condition sine qua non** de l'**ouverture des négociations d'adhésion** de la Turquie à l'Union européenne et corrélativement de son **adhésion définitive**;

- de **s'opposer officiellement**, lors du **Conseil européen de Bruxelles du 17 Décembre 2004** prochain et tous autres à venir, à l'**ouverture des négociations d'adhésion** de la Turquie à l'Union européenne tant que cet Etat n'aura pas reconnu sans réserve aucune le **Génocide Arménien** et de veiller à ce que cette condition figure expressément dans les **conclusions de la Présidence** devant clôturer chacun des sommets;

SUBSIDIAIREMENT,

3°) ENJOINDRE à Monsieur le Président de la République:

- la **publication au Journal Officiel de la République française**, dans le délai de **quinze jours** à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, et sous astreinte de **5 000,00 €**

.../...

*(CINQ MILLE EUROS) par jour de retard, d'une **décision** pouvant prendre la forme d'un décret, arrêté, communiqué ou toute autre forme et faisant expressément mention du **Génocide Arménien** reconnu, notamment par la **résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987** et la **loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001** comme **condition sine qua non de l'adhésion définitive** de la Turquie à l'Union européenne;*

- *de **notifier officiellement**, lors du **Conseil européen de Bruxelles du 17 Décembre 2004** prochain et tous autres à venir, **l'opposition de la France à l'adhésion définitive** de la Turquie à l'Union européenne tant que cet Etat n'aura pas reconnu sans réserve aucune le **Génocide Arménien** et de veiller à ce que cette condition figure expressément dans les **conclusions de la Présidence** devant clôturer chacun des sommets;*

*Vu l'article **R. 522-13** du Code de justice administrative,*

*4°) **DIRE et JUGER** que l'ordonnance à intervenir sera **exécutoire** aussitôt qu'elle aura été rendue,*

*En outre, vu l'**urgence**,*

*5°) **ORDONNER** que le dispositif de ladite ordonnance assorti de la formule exécutoire prévue à l'article **L. 751-1** du même code sera communiqué sur place aux parties qui en accuseront réception ;*

*Vu l'article **L. 761-1** du Code de Justice Administrative,*

*6°) **CONDAMNER** l'Etat pris en la personne de Monsieur le Président de la République à payer à **Monsieur Grégoire KRIKORIAN** et aux autres requérants la somme de **12000,00 € (DOUZE MILLE EUROS)** avec intérêts au taux légal à compter de la saisine du Juge des référés, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;*

*7°) **CONDAMNER** l'Etat aux entiers dépens de l'instance;*

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

*126. La requête est rejetée par **ordonnance de référé** du 28 Octobre 2004 aux motifs que « le fait pour le Président de la République et les autorités gouvernementales françaises de s'abstenir de poser comme condition préalable à l'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne et à cette adhésion elle-même, la reconnaissance par cet (E)tat du génocide des arméniens, **n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France et échappe, par suite, à tout contrôle juridictionnel**; que, dès lors, les demandes d'injonctions susvisées ne relèvent manifestement pas de la compétence du **juge administratif** et doivent être rejetées suivant la procédure prévue par l'article L. 522-3 du code de justice administrative, laquelle n'impose pas que la présente ordonnance soit communiquée 'sur place' aux parties; (...) »*

127. Le **pourvoi** enregistré le 12 Novembre 2004 contre l'ordonnance susvisée est déclaré **non admis** par **arrêt n°274098** du **Conseil d'Etat** en date du 13 Juin 2005, faisant application de l'article **L. 822-1** du code de justice administrative, aux motifs des plus sommaires « *qu'aucun de(s) moyens n'est de nature à permettre l'admission de la requête* ».

128. 6°) Ultérieurement, le 3 Octobre 2005, savoir le jour d'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne, Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN ont saisi, à nouveau, le **Conseil d'Etat** aux fins qu'il **annule pour excès de pouvoir la décision implicite** par laquelle **Monsieur le Premier Ministre a rejeté leur demande formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°RA 2709 6822 0FR** en date du 29 Septembre 2005 tendant, dans le cadre de la problématique du **GENOCIDE ARMENIEN**, lequel a été reconnu par la **loi n°2001-70** du 29 Janvier 2001, au **dépôt de deux projets de loi**:

- le premier visant au **vote d'une loi** incriminant et réprimant **pénalement**, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que l'article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse relatif à la contestation des crimes nazis, tout acte de **contestation du GENOCIDE ARMENIEN, crime contre l'humanité** reconnu par la **loi française n°2001-70** du 29 Janvier 2001;
- le second visant au **vote d'une loi** par laquelle la France **déclare s'opposer à l'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne**, demande à ses représentants officiels de veiller à ce que cette opposition figure expressément dans les **conclusions de la Présidence** devant clôturer chacun des **Conseils européens** et **fait défense** à toutes autorités compétentes de la République de **signer un quelconque acte d'adhésion définitive** à l'Union européenne de cet Etat tant que celui-ci n'aura pas reconnu officiellement, publiquement et sans réserve aucune le **GENOCIDE ARMENIEN** dont il est **entièrement responsable**.

129. Aux termes de son **arrêt n°285727** en date du 22 Février 2008, le **Conseil d'Etat** a **rejeté** la requête aux motifs qu' « *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; (...)* »

130. 7°) Par requête en date du 14 décembre 2005 (*pièce n°I-51*), **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et l'Association EURO-ARMENIE** ont dû, une nouvelle fois, saisir la **Cour européenne des Droits de l'Homme**, relativement à la **décision** rendue le 13 Juin 2005 par le **Conseil d'Etat** (**Référé-liberté** req. N°274098 – pièce n°I-50).

131. Il leur fut répondu par lettre du Greffe en date du 08 Octobre 2007, de façon des plus laconiques: « (...) *Compte tenu de l'ensemble des éléments en sa possession, et dans la mesure où elle était compétente pour connaître des allégations formulées, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles.* (...) »

132. 8°) Le **Conseil constitutionnel** fut saisi par **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** d'un **recours pour excès de pouvoir** en date du 22 Avril 2008 tendant à:

« (...) Vu le **principe de prééminence du Droit**,

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

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

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

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

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

Vu le **Traité de Rome** du 25 Mars 1957 instituant la Communauté européenne, notamment ses articles **10, 149, 151**, ensemble le **Traité sur l'Union européenne** du 7 Février 1992, notamment ses articles **6** et **49** et le **Traité instituant une Constitution pour l'Europe** signé à Rome le 29 Octobre 2004;

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

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

Vu la **Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne** du 7 Décembre 2000,

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

Vu l'**ordonnance** n°58-1067 du 7 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel,

.../...

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

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

1°) ANNULER pour excès de pouvoir la décision implicite par laquelle **Monsieur le Premier Ministre** a **rejeté la demande formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°RA 2709 6822 0FR** en date du 29 Septembre 2005 tendant, dans le cadre de la problématique du **GENOCIDE ARMENIEN**, lequel a été reconnu par la **loi n°2001-70** du 29 Janvier 2001, au **dépôt de deux projets de loi**:

- le premier visant au **vote d'une loi** incriminant et réprimant **pénalement**, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que l'article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse relatif à la contestation des crimes nazis, tout acte de **contestation du GENOCIDE ARMENIEN, crime contre l'humanité** reconnu par la **loi française n°2001-70** du 29 Janvier 2001;
- le second visant au **vote d'une loi** par laquelle la France **déclare s'opposer à l'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne**, demande à ses représentants officiels de veiller à ce que cette opposition figure expressément dans les **conclusions de la Présidence** devant clôturer chacun des **Conseils européens** et **fait défense** à toutes autorités compétentes de la République de **signer un quelconque acte d'adhésion définitive** à l'Union européenne de cet Etat tant que celui-ci n'aura pas reconnu officiellement, publiquement et sans réserve aucune le **GENOCIDE ARMENIEN** dont il est **entièrement responsable**;

2°) ENJOINDRE à Monsieur le Premier ministre, de

2-a°) prendre, dans le délai d'**un mois** à compter de l'arrêt à intervenir, **deux décrets de présentation au Parlement** des deux **projets de loi** susvisés dont il assurera le dépôt sur le bureau de l'**Assemblée Nationale**, après avoir demandé l'**avis du Conseil d'Etat** dans le cadre de la **procédure accélérée** (examen par la commission permanente), libellés de la façon suivante ou de toute autre manière d'effet équivalent:

2-a-1°)

« **Article 1er**

Dans le premier alinéa de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les mots : 'l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.' sont remplacés par les mots : ' les articles 211-1 et 212-1 du Code pénal et qui auront fait l'objet d'une reconnaissance par la loi, une convention internationale signée ou ratifiée par la France ou à laquelle celle-ci aura adhéré, une institution internationale, ou qui auront été commis par une ou plusieurs personnes reconnues coupables de tels crimes par une juridiction française ou internationale';

Article 2

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

2-a-2°)**« Article 1er**

La France, fidèle à l'engagement qu'elle a pris le 24 Mai 1915 avec l'Angleterre et la Russie 'en présence de ces nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation', réaffirmant son profond attachement au principe absolu de la dignité humaine et en application de la loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001, relative à la reconnaissance du Génocide Arménien de 1915, déclare solennellement s'opposer à toute négociation, signature ou ratification d'un quelconque traité ou accord ayant pour objet ou pour effet l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne, ou tout autre effet équivalent, sans qu'au préalable cet Etat ait reconnu officiellement, publiquement et sans réserve aucune le Génocide Arménien perpétré en 1915 par le Gouvernement « Jeunes Turcs » sur le territoire ottoman et ayant causé la mort d'un million cinq cent mille victimes arméniennes innocentes, ni sans que ce même Etat ait retiré de son ordre juridique toute norme, ni abandonné toute pratique contraires à un tel acte de reconnaissance.

Article 2

La République fait défense à toutes autorités nationales compétentes de prendre une quelconque décision à caractère politique ou juridique pouvant contrarier les prescriptions contenues dans l'article 1er de la présente loi et leur commande de veiller à ce que l'opposition officielle de la France qui y est exprimée figure expressément dans les conclusions de la Présidence devant clôturer chacun des Conseils européens tant que la condition sine qua non de reconnaissance du Génocide Arménien n'aura pas été pleinement satisfaite par l'Etat turc. »

2-b°) faire application de l'article 45 alinéas 2 et 4 de la Constitution du 4 Octobre 1958 et, à ce titre, de déclarer l'urgence et de demander à l'Assemblée Nationale de statuer définitivement.

3°) PRONONCER à l'encontre de l'Etat une astreinte de 10 000,00 € (DIX MILLE EUROS) par jour de retard à compter de l'expiration du délai d'un mois susvisé et jusqu'à parfaite et complète exécution, s'il ne justifie pas dans ledit délai, avoir exécuté les obligations mises à sa charge par la décision à intervenir;

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

4°) CONDAMNER l'Etat pris en la personne de Monsieur le Premier Ministre à payer à **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** la somme de **10 000,00 € (DIX MILLE EUROS)** avec intérêts au taux légal à compter du 29 Septembre 2005, date de la demande adressée à Monsieur le Premier ministre, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;

5°) CONDAMNER l'Etat aux entiers dépens de l'instance;

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

133. Il fut répondu au Conseil des requérants, dès le 24 Avril 2008, par **Monsieur Marc GUILLAUME**, Secrétaire Général du Conseil constitutionnel, que cette Haute juridiction *« ne dispose pas, aux termes des textes qui définissent strictement ses attributions, d'une compétence pour se prononcer sur un tel recours. »* (pièce n°121)

134. 9°) Compte tenu de la **discrimination évidente** résultant de l'absence en France d'une loi incriminant et réprimant les contestations du Génocide Arménien, **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** ont, encore, par requête du 25 Novembre 2008, saisi la **Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité** (ci-après « **HALDE** ») dont le dispositif est ci-après reproduit:

« Tenant et réitérant les **moyens, arguments et conclusions** développés dans la **requête introductive d'instance** enregistrée le 4 Octobre 2002, le **mémoire en réplique** enregistré le 23 Janvier 2004, les **mémoires aux fins d'intervention volontaire en demande** enregistrés respectivement les 3 Décembre 2004, 25 Mars 2005 et 25 Mai 2005, la **note en délibéré** enregistrée le 5 Décembre 2005 au **Tribunal Administratif de Marseille**, la **requête d'appel** déposée et enregistrée le 10 Mars 2006 sous le n°**06MA00751**, la **demande écrite** du 29 Mai 2008, la **note en délibéré** déposée le 24 Juin 2008 à la **Cour Administrative d'appel de Marseille** et le **recours de cassation** enregistré le 1er Septembre 2008 sous le n°**320260** au **Secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat**,

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

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958, notamment ses articles **10, 19, 39, 45, 52, 55, 61-1, 88-1, 88-2, 88-5**,

Vu la **Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, notamment ses articles **1er, 2, 4, 6, 10, 11, 15** et **16**,

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

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

.../...

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

Vu le **Traité de Rome** du 25 Mars 1957 instituant la Communauté européenne, notamment ses articles **10, 149, 151**, ensemble le **Traité sur l'Union européenne** du 7 Février 1992, notamment ses articles **6 et 49**, le **Traité instituant une Constitution pour l'Europe** signé à Rome le 29 Octobre 2004 et le **Traité de Lisbonne** du 13 Décembre 2007,

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

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

Vu la **Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne** du 7 Décembre 2000,

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

Vu les **résolutions du Parlement européen** des 15 Décembre 2004 sur le rapport régulier 2004 et la recommandation de la Commission européenne concernant les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion (COM (2204)0656 – C6-0148/2004 – 2004/2182(INI) et du 28 Septembre 2005 sur l'ouverture des négociations avec la Turquie,

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

Vu la **loi n°2004-1486** du 30 Décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu la **loi n°2008-496** du 27 Mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la **lutte contre les discriminations**,

Vu le **décret n°2005-215** du 4 Mars 2005 relatif à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

1°) DECLARER recevable et bien fondée la réclamation de Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN;

EN CONSEQUENCE,

2°) DECIDER que l'abstention d'agir du législateur français en ce qui concerne le vote d'une loi permettant la poursuite des auteurs de contestations du **Génocide Arménien** devant les juridictions pénales françaises, dans les mêmes termes que la **loi dite Gayssot** du 13 Juillet 1990 ayant créé l'article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse incriminant et réprimant la contestation des crimes nazis, **méconnaît gravement les droits fondamentaux** de **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN**, citoyens français et descendants de rescapés de ce génocide perpétré par **l'Etat turc** en **1915**, en ce que, notamment, **la protection juridictionnelle effective** à laquelle ils ont droit n'est pas assurée ;

3°) DECIDER qu'une telle **carence du législateur national** est constitutive d'une **discrimination directe et indirecte** et d'une **violation suffisamment caractérisée du droit communautaire** qu'il convient de faire cesser par l'extension du champ d'application de l'article 24 bis de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse;

4°) RECOMMANDER à Monsieur le Premier ministre de déposer, dans les meilleurs délais, sur le Bureau de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, un **projet de loi** pouvant être libellé ainsi qu'il suit :

« Article 1er

Dans le premier alinéa de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les mots : 'l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.' sont remplacés par les mots : ' les articles 211-1 et 212-1 du Code pénal et qui auront fait l'objet d'une reconnaissance par la loi, une convention internationale signée ou ratifiée par la France ou à laquelle celle-ci aura adhéré, une institution internationale, ou qui auront été commis par une ou plusieurs personnes reconnues coupables de tels crimes par une juridiction française ou internationale';

Article 2

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

5°) RENDRE PUBLIQUE ladite recommandation;

6°) DEMANDER au Conseil d'Etat saisi du recours de cassation enregistré le 1er Septembre 2008 sous le **n°320 260**, à être entendue, en application de l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 Décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité;

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

135. Par **lettre de Madame Marie-Luce CAVROIS**, Directrice des affaires juridiques de la HALDE en date du 12 Janvier 2009, reçue le 15 Janvier 2009, il fut répondu au Conseil des requérants que « *la haute autorité ne peut donner suite à (leur) réclamation et procède à la clôture de ce dossier* » aux motifs que les faits soulevés ne relevaient pas de la compétence de la HALDE, la discrimination n'étant « *interdite que lorsqu'elle est fondée sur un critère prohibé par la loi* » (pièce n°122).

136. 10°) Enfin, plus récemment, le 23 Avril 2009, **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** ont fait adresser, par leur Conseil, à l'ensemble des Parlementaires français une « **Proposition de loi tendant à la transposition en droit interne de la Décision-Cadre 2008/913/JAI du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal** » (*pièce n°I-85*), rappelant, à cette occasion, à la Représentation nationale que les **lois n°2001-70 du 29 Janvier 2001** (reconnaissance du Génocide Arménien) et **n°2001-434 du 21 Mai 2001** (reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité) étaient **d'origine parlementaire**.

137. C'est au vu de cette **proposition de loi** que **Monsieur Michel VAUZELLE**, ancien Garde des Sceaux et actuel Président de la Région P.A.C.A., a posé une **question écrite** (*pièce n°I-86*) à Monsieur le Premier ministre (JORF du 04 Août 2009, page 7560) dans les termes suivants :

« M. Michel VAUZELLE attire l'attention de M. le Premier ministre sur la décision cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne. Le 29 mai 1998, l'Assemblée nationale adoptait à l'unanimité une proposition de loi par laquelle la France reconnaissait officiellement le génocide arménien qui fut l'une des plus grandes tragédies qui émailla l'histoire de l'humanité. Cependant, la protection juridictionnelle des victimes de ces crimes n'est pas encore garantie dans notre législation. La négation du génocide arménien, fait historique incontestable, n'y est pas sanctionnée. D'autre part, le Conseil de l'Union européenne a arrêté la décision cadre 2008/913/JAI visant à rendre punissable l'apologie, la négation ou la banalisation grossière des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre tels que définis dans les articles 6, 7 et 8 de la Cour pénale internationale. La transposition de cette décision cadre en droit français permettrait de combler cette lacune et de protéger réellement par la loi les victimes des génocides dont l'authenticité historique est indiscutable. Il lui demande en conséquence quelles mesures il compte prendre afin d'appliquer cette décision cadre. »

138. La **réponse** apportée par Monsieur le Premier ministre, au-delà du délai de deux mois qui lui était imparti pour ce faire (publiée au JORF du 05 Janvier 2010, page 166), **est des plus décevantes**:

« Afin de concilier la nécessaire répression de la négation ou de la banalisation grossière des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre tel que définis par les articles 6, 7 et 8 de la convention de Rome portant statut de la cour pénale internationale et les principes fondamentaux de la liberté d'expression, défendus notamment par des historiens (en particulier le comité de lutte pour l'histoire), des philosophes et des juristes, le Gouvernement a fait, conformément à l'article 1er, paragraphe 4 de la décision cadre 2008/913/JAI, une déclaration indiquant: 'La France déclare qu'elle ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés au paragraphe 1, points c et/ou d, que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue exclusivement par une juridiction internationale'. La législation française répond déjà à la plupart des obligations résultant tant de la décision-cadre 2008/913/JAI relative à la lutte contre certaines formes de racisme et de xénophobie que du protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. Toutefois, certaines adaptations de cette législation seront nécessaires.

Certaines dispositions relatives à l'incrimination de l'apologie des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre sont déjà soumises au Parlement dans le cadre du projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale. D'autres modifications, notamment l'adaptation des lois des 29 juillet 1881 et 29 juillet 1982, lui seront soumises prochainement. »

139. En effet:

- d'une part, si la France a cru pouvoir déclarer, lors de l'adoption de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, conformément à son **article 1er, paragraphe 4**, en s'exprimant **au futur** qu'elle « *ne **rendra** punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés au paragraphe 1, points c et/ou d, que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue exclusivement par une juridiction internationale* », c'est bien qu'elle considérait elle-même que sa législation ne répondait pas encore aux exigences imposées par la décision-cadre. Dans le cas inverse, l'exécutif français n'aurait pas manqué de relever, à cette occasion, que son droit se conformait d'ores et déjà aux dispositions de ce texte dont la transposition aurait été, partant, inutile, comme l'ont fait notamment les **Pays-Bas**. Or, tel ne fut pas le cas.

- d'autre part, se prévaloir, comme le fait Monsieur le Premier ministre dans sa réponse écrite susvisée, de la faculté offerte par l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, de **limiter le champ d'application** de celle-ci aux seuls crimes « *établis par une décision définitive rendue exclusivement par une **juridiction internationale*** » conduit inévitablement à priver de protection juridictionnelle les victimes de négationnisme portant notamment sur le **Génocide Arménien** et l'**esclavage**, pourtant reconnus comme **crimes contre l'humanité** respectivement par les lois n°2001-70 et 2001-434 des 29 Janvier et 21 Mai 2001.

140. L'option choisie par l'exécutif français lors de l'adoption de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 qui lui en laisse la latitude, crée, ainsi, une **discrimination flagrante** dans la protection juridictionnelle due aux victimes de génocides et crimes contre l'humanité.

141. Du reste, la clause de réserve de l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 se révèle **incompatible** avec l'objectif « *de rapprocher davantage les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres et de surmonter les obstacles à une coopération judiciaire efficace qui tiennent essentiellement à la disparité des approches législatives dans les Etats membres.* » (considérant **3**), de même qu'avec son article **7** relatif aux « **Règles constitutionnelles et principes fondamentaux** » aux termes duquel:

« *1. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de **respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux**, y compris la liberté d'expression et d'association, tels qu'ils sont consacrés par l'article **6** du traité sur l'Union européenne.* (...) ».

142. Or, au rang des normes protectrices des **droits fondamentaux** que les Etats membres doivent respecter, spécialement à l'occasion de la transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, figurent le **droit à l'égalité de traitement et l'interdiction de la discrimination** (art. **20** et **21** de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** proclamée à Strasbourg le 12 Décembre 2007, entrée en vigueur le 1er Décembre 2009 et ayant, en vertu de l'article **6, paragraphe 1, premier alinéa** du TUE, la même valeur juridique que les traités; art. **2**, art. **3 paragraphe 3, deuxième alinéa**, art. **9 TUE**; art. **8 et 10 TFUE**).

143. Il serait choquant et paradoxal, au regard des principes susmentionnés, que la répression de la négation du Génocide Arménien et de l'esclavage soit possible par exemple aux **Pays-Bas** et impossible en **France** alors même que celle-ci a reconnu ces crimes contre l'humanité par deux lois de son Parlement.

144. Il y aura lieu, dès lors, de transposer la décision-cadre à l'**exclusion du paragraphe 4** de son **article 1er** manifestement contraire au droit de l'Union européenne et devant, en tant que tel, être **déclaré invalide** par la **Cour de justice de l'Union européenne** (ci-après « CJUE ») dans le cadre d'un **renvoi préjudiciel** (art. **267 TFUE**).

145. 11°) Selon **requête n°350492** enregistrée le 30 Juin 2011 au Secrétariat du contentieux, **mémoire en réplique** du 09 Décembre 2011 et **mémoire en réplique n°2** en date du 16 Mars 2012, les **requérants** ont demandé au **Conseil d'Etat**:

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

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

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

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

Vu le **bloc de constitutionnalité**,

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

1°) SURSEOIR A STATUER,

AVANT DIRE DROIT,

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

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Vu le principe de prééminence du Droit,

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

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

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

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

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

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

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

Article 1er

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

.../...

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

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

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

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

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

Article 2

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

*

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

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

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

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

.../...

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

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

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

146. Aux termes de son **mémoire en défense** en dix-sept pages enregistré au Conseil d'Etat le 27 Octobre 2011 et communiqué aux Conseil des requérants par lettre simple du même jour, reçue le 31 Octobre 2011, le Ministre des Affaires étrangères et européennes conclut au **rejet** de la requête aux motifs:

1°) qu'il n'appartiendrait pas au **Conseil d'Etat** de connaître du refus du Premier ministre de déposer un projet de loi au Parlement se rattachant directement aux **rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels**, aussi bien en dehors de l'application du droit de l'Union européenne (§§ 3 à 7), que lorsqu'il tend à la transposition d'une décision-cadre (§§ 8 à 19);

2°) que d'**autres voies de droit** que celle du recours pour excès de pouvoir existeraient pour faire sanctionner le défaut de transposition d'une décision-cadre, comme celle du 28 Novembre 2008;

3°) que pour les raisons susmentionnées aux 1°) et 2°), la **question préjudicielle** de la validité de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 Novembre 2008 ne serait pas nécessaire à la solution du litige;

4°) qu'enfin et en tout état de cause, il n'existerait **aucun doute** quant à la validité de ladite décision-cadre.

147. Les requérants ont **répliqué** le 09 Décembre 2011 (*pièce n°I-132*) au mémoire du Ministre des Affaires étrangères et européennes, dans le respect du délai d'**un mois** qui leur a été accordé, **prorogé** jusqu'au 12 Décembre 2011 inclus (*pièce n°I-131*).

148. Par **lettre** en date du 24 Février 2012 reçue le 05 Mars 2012 (*pièce I-139*), le Secrétariat du contentieux a communiqué à Maître KRIKORIAN les **observations** en date du 24 Octobre 2011 présentées par le Premier ministre et notifié un délai d'un mois pour y répondre.

149. Les requérants ont **répliqué** le 16 Mars 2012 au mémoire en réponse précité par lequel le Chef du Gouvernement indique s'associer « *aux observations présentées en défense par Monsieur le ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes* ».

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

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

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

153. Postérieurement aux conclusions de rejet que Madame le Rapporteur public a développées lors de la **séance publique de jugement** en date du 07 Novembre 2012 à laquelle leur Conseil, **Maître Philippe KRIKORIAN**, a assisté, les requérants, ont, en application de l'article **R. 731-3** du Code de justice administrative (CJA), présenté, le 12 Novembre 2012, une **note en délibéré**, pour répondre au moyen d'incompétence du Conseil d'Etat, révélé seulement à l'audience du 07 Novembre 2012 et tiré expressément de la **théorie des actes de gouvernement**.

154. Une **question prioritaire de constitutionnalité** portant sur l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** Sur l'organisation du Conseil d'Etat (ci-après « *la loi du 24 Mai 1872* »), fondement historique des **déclarations d'incompétence du Conseil d'Etat** lorsqu'il se considère saisi d'un **acte dit de gouvernement**, a été posée par **mémoire distinct et motivé**, conformément aux articles **23-1** et suivants de l'ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

155. Aux termes de son **arrêt n°350492** rendu le 26 Novembre 2012, le **Conseil d'Etat** :

« Vu la requête enregistrée le 30 juin 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Grégoire Krikorian, demeurant au 949, domaine de la Salle, à Bouc-Bel-Air (13320), Mme Suzanne Krikorian, demeurant au 949, domaine de la Salle, à Bouc-Bel-Air (13320), (...)

*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;***

2. Considérant que cette incompétence a été invoquée par le ministre des affaires étrangères dans son mémoire en défense, enregistré le 24 octobre 2011, qui a été communiqué aux requérants et auquel ils ont d'ailleurs répliqué; qu'ainsi, ils étaient en mesure de formuler, avant la clôture de l'instruction, la question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'appui de leur note en délibéré à l'encontre de la disposition législative qui, selon eux, fonderait cette incompétence; qu'il n'y a, dès lors, pas lieu de rouvrir l'instruction afin de soumettre cette question au débat contradictoire.

3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter l'ensemble des conclusions de la requête;

DECIDE :

*Article 1er : La requête de M. Krikorian et autres est rejetée.
(...)*

156. La lettre de notification en date du 28 Novembre 2012, reçue par les requérants le 30 Novembre 2012 a été annexée d'une notice intitulée « **Informations aux parties sur la mise en ligne des décisions importantes sans anonymisation** » dont le premier paragraphe précise :

« La décision qui vous est notifiée par ce même courrier sera, **en raison de son importance pour la jurisprudence, publiée sur le site Internet du Conseil d'Etat** (<http://www.conseil-etat.fr>). Elle fera mention de votre nom, afin de faciliter, pour les praticiens du droit administratif, son identification, sa mémorisation et sa désignation. Votre adresse, en revanche, n'y apparaîtra pas. »

I-D/ LA SITUATION ACTUELLE NATIONALE

157. C'est dans ces conditions, l'Etat français n'ayant, par le vote de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001**, qu'imparfaitement rempli ses obligations, notamment au regard du **droit de l'Union européenne**, dès lors que **les victimes du Génocide Arménien et leurs descendants demeurent privés de toute protection efficace contre le négationnisme de l'Etat turc et de ses zéloteurs**, que **Monsieur Grégoire KRIKORIAN**, citoyen français et en sa qualité de membre de la communauté arménienne de France, dépositaire naturel et légitime de **l'héritage spirituel et culturel de ses ancêtres**, mandata son Conseil aux fins d'actionner l'Etat français en responsabilité devant les juridictions administratives nationales.

158. En effet, aux termes de l'article unique de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001**, « **La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915** » (*annexe I-7*).

159. Si l'on doit saluer le courage politique de nombreux parlementaires français qui ont su résister aux pressions que le gouvernement turc a exercées sur les Institutions de la République pendant plus de **trente-deux mois** lors de la discussion du texte, on ne peut que constater et regretter que celui-ci **reste muet sur les responsables du Génocide Arménien**, même si ceux-ci sont facilement identifiables dans la personne même de l'Etat turc actuel.

160. De plus et surtout, **cette loi est dépourvue de toute sanction** en ce qui concerne, notamment, les **contestations** de ce génocide.

161. Or, le Génocide Arménien fut ignoré par la **loi n°90-615 du 13 juillet 1990 dite loi Gayssot** (*annexe I-2*) dont l'article **9** - créant l'article **24 bis** de la **loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse** - réprime les contestations des crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article **6** du **statut du tribunal militaire international** annexé à l'**accord de Londres** du **8 Août 1945**.

162. Le Génocide Arménien reste, dès lors, toujours à l'heure actuelle **en dehors du champ d'application de la protection apportée par la loi pénale** aux victimes du régime nazi pendant la seconde guerre mondiale.

163. C'est bien dire que malgré le vote de la loi précitée, la communauté arménienne de France demeure **sans aucune protection juridique efficace** contre le **négationnisme** développé par la Turquie actuelle à l'encontre du Génocide Arménien, ce que n'a pas manqué de rappeler le **Président de la République Nicolas SARKOZY** lors de son **voyage officiel en Arménie** les **06 et 07 Octobre 2011** (*pièces n°I-123 à I-129*) en s'engageant **politiquement et juridiquement**, par un **acte unilatéral**, au sens du droit international public, à remédier prochainement à ce vide juridique en faisant voter une loi d'incrimination et de répression de la négation du Génocide Arménien:

« (...) *Le négationnisme collectif est pire encore que le négationnisme individuel. Si la Turquie ne regarde pas son histoire en face, il faudra sans doute aller plus loin* » (*Le Monde*, 08/10/2011, p. 4); « (...) *le temps n'est pas infini, 1915-2011, il me semble que pour la réflexion c'est suffisant* » (*Le Figaro* 08-09/10/2011, p. 6).

164. En effet, selon l'article **1er** des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des Etats susceptibles de créer des obligations juridiques – Commission du droit international de l'ONU, 04 Août 2006:

« Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. (...) »

165. S'appuyant sur la **proposition de loi** précitée (*pièce n°85*) adressée à l'ensemble des Parlementaires français dès le 23 Avril 2009 par le Conseil de **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN, Madame Valérie BOYER**, Députée des Bouches-du-Rhône, déposa, le 18 Octobre 2011, sur le Bureau de l'Assemblée Nationale, une proposition de loi *« portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien »* (pièce n°133).

166. Ce texte a été **modifié** par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République présidée par **Monsieur Jean-Luc WARSMANN** (*« proposition de loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi » - pièce n°134*), avant d'être **adopté** par l'**Assemblée Nationale** lors de sa séance publique du 22 Décembre 2011, puis, sans modification, définitivement par le **Sénat** le 23 Janvier 2012 (**Loi BOYER-KRIKORIAN**).

167. Les **lettres** en date des 20 et 27 Janvier 2012 adressées par le Conseil des requérants à Monsieur le Président de la République (*pièces n°135 et 136*) sont demeurées sans réponse.

168. Saisi par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs, sur le fondement de l'article **61** de la Constitution, le **Conseil constitutionnel**, par sa décision **n°2012-647 DC** du 28 Février 2012 (*pièce n°138*) a déclaré la loi qui lui été déférée contraire à la Constitution.

Il y énonce :

« (...) 4. Considérant que, d'une part, aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : 'La loi est l'expression de la volonté générale...'; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative;

5. Considérant que, d'autre part, aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : 'La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi'; que l'article 34 de la Constitution dispose : 'La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques'; que, sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer; qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi;

.../...

6. *Considérant qu'une disposition législative ayant pour objet de 'reconnaître' un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi; que, toutefois, l'article 1er de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide 'reconnus comme tels par la loi française'; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1er de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution; que son article 2, qui n'en est pas séparable, doit être également déclaré contraire à la Constitution (...) »*

169. Le Conseil constitutionnel ne s'est, toutefois, pas prononcé, dans la décision susvisée, sur la **requête en récusation** de l'ensemble de ses membres dont il a été saisi dès le 04 Février 2012 (*pièce n° 137*), à raison de la **publication litigieuse** sur son **site internet officiel** intitulée « *Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives* », révélant son **manque d'impartialité manifeste** et, partant, son inaptitude à juger de la constitutionnalité de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi.

170. On peut, cependant, voir une allusion à la requête en récusation dans le **communiqué de presse officiel** du Conseil constitutionnel :

« Le Conseil constitutionnel ne s'est ainsi pas prononcé dans cette décision sur la loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien. Cette loi ne lui était pas soumise et, a fortiori, il n'a formulé aucune appréciation sur les faits en cause. De même le Conseil n'avait pas à connaître de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe qui ne réprime pas la contestation de crimes 'reconnus par la loi'. »

171, En effet, le Conseil constitutionnel n'a pas, à l'occasion de l'examen de la **loi BOYER-KRIKORIAN** fait application de sa jurisprudence aux termes de laquelle « (...) la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la **modifient, la complètent ou affectent son domaine** » (CC, **décision n°85-187 du 25 Janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances**, consid. **10**), jurisprudence dont rien n'indique, pour autant, qu'elle aurait été abandonnée.

172. Or, en l'espèce, il est évident que l'article **24 ter** dans la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, créé par la **loi BOYER-KRIKORIAN** complétait l'article **1er** de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** par lequel « **La France reconnaît le génocide arménien de 1915** » en apportant à cette reconnaissance par la loi – véritable norme – la **sanction du droit pénal** en cas de **contestation** ou de **minimisation de façon outrancière**.

173. C'est dire qu'à l'occasion de l'examen du texte définitivement adopté le 23 Janvier 2012, le Conseil constitutionnel aurait pu être incité, en application de sa jurisprudence, à faire porter son contrôle sur la **normativité** de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** qui est complétée du volet pénal qui lui manquait jusqu'alors. Or, cette loi est, à tort, considérée par le Conseil constitutionnel, sur son site internet, comme étant dépourvue de normativité ou dotée d'une normativité incertaine, sans, d'ailleurs, qu'il s'en explique davantage dans la publication litigieuse.

174. La **logique** – mais non le **droit** - aurait, donc, voulu que la loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative à la reconnaissance du Génocide Arménien de 1915 soit elle-même déclarée contraire à la Constitution, ce qui ne fut pas le cas.

175. On est, partant, autorisé à considérer que la **décision nuancée** du 28 Février 2012 traduit la **reconnaissance implicite** du Conseil constitutionnel qu'eu égard à la publication litigieuse sur son site internet « *Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives* », prétendant désigner expressément la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** relative à la reconnaissance du Génocide Arménien de 1915 comme n'étant pas normative, il ne présentait plus manifestement l'**impartialité** requise pour juger de la constitutionnalité d'une telle loi.

176. Le Haut Conseil s'est donc borné à énoncer dans sa décision « *qu'une disposition législative ayant pour objet de 'reconnaître' un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ;* » **sans en tirer les conséquences juridiques** quant à la **constitutionnalité** de la loi de reconnaissance du génocide.

177. Cependant, cette appréciation négative s'est concentrée sur le **mécanisme d'incrimination par référence** au cœur du nouvel article **24 ter** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse que créait la **LOI BOYER-KRIKORIAN** qui, pour caractériser le nouveau délit de négationnisme, utilisait l'expression « *ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière (...) l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française* ».

178. Le respect du **principe absolu d'impartialité** du juge aurait dû conduire chacun des membres éminents du Haut Conseil à se récuser, comme le leur demandaient les requérants dès le 04 Février 2012.

179. Il est patent, dans ces conditions, que la décision-cadre du 28 Novembre 2008 n'est toujours pas transposée en droit français.

180. Cette situation de **carence législative** est, ainsi, constitutive, à l'égard des réclamants, citoyens français et membres de la communauté arménienne de France, d'une **violation de leurs droits fondamentaux**, en tant que telle **incompatible avec le droit de l'Union européenne** et donc génératrice de **responsabilité** pour l'Etat français.

181. C'est, précisément, pour **faire cesser cette situation à l'origine d'une voie de fait** que les requérants ont entrepris de saisir, par la voie du référé, **Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille**.

182. Il y a lieu de noter que, parallèlement à la procédure contentieuse, l'action parlementaire se poursuit, dans le même sens, sans succès à ce jour, faute de majorité politique.

183. C'est, ainsi, que le 06 Février 2013, **Madame Valérie BOYER**, Députée des Bouches-du-Rhône a, avec cinq autres de ses collègues, déposé une **nouvelle proposition de loi** « *tendant à la transposition en droit interne de la Décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal* » (*pièce n°146*), dans les **mêmes termes** que celle que **Maître Philippe KRIKORIAN** avait adressée, le 16 Décembre 2012, à l'ensemble des parlementaires français (*pièce n°145*).

I-E/ LE COMPORTEMENT DE L'ETAT FRANCAIS PRESEMENT EN CAUSE

184. Cette responsabilité a été **aggravée** après la tenue, le 17 Décembre 2004, à Bruxelles, du **Conseil européen** au cours duquel devait être décidée **l'ouverture des négociations d'adhésion** de la Turquie à l'Union européenne, par la décision de l'Exécutif français de **ne pas subordonner cette ouverture à la reconnaissance préalable par l'Etat turc du Génocide Arménien**, le Président de la République n'ayant pas, malgré **l'opinion contraire de la grande majorité des français**, de même que du **Gouvernement**, varié dans sa position, ce qui a constitué un facteur de **très vive inquiétude** de la communauté arménienne en général et des requérants en particulier, dans la perspective du **Conseil européen** de Luxembourg du 3 Octobre 2005.

185. Il y a lieu de rappeler que la douleur morale éprouvée par les rescapés et descendants des victimes du Génocide Arménien a été ravivée dès après que la Turquie s'est vu décerner le statut officiel de candidat à l'adhésion à l'Union européenne lors du Conseil européen d'Helsinki des 10 et 11 Décembre 1999, qui constitue le premier acte générateur de responsabilité de la Communauté européenne et des Etats membres dont la France.

186. En effet, les conclusions de la Présidence – dont il convient d'observer qu'elles nécessitent un accord de la part des Chefs d'Etat et de Gouvernement furent les suivantes :

« (...) 12. Le Conseil européen se réjouit des éléments positifs qui ont récemment marqué l'évolution de la situation en Turquie, et que relève d'ailleurs la Commission dans son rapport sur les progrès réalisés par les pays candidats, ainsi que de l'intention de la Turquie de poursuivre ses réformes en vue de satisfaire aux critères de Copenhague. La Turquie est un pays candidat, qui a vocation à rejoindre l'Union sur la base des mêmes critères que ceux qui s'appliquent aux autres pays candidats. Dans le cadre de la stratégie européenne actuelle, la Turquie, comme les autres pays candidats, bénéficiera d'une stratégie de préadhésion visant à encourager et à appuyer ses réformes.

Cette stratégie comportera un dialogue politique renforcé, axé sur les progrès à accomplir pour répondre aux critères politiques fixés pour l'adhésion, en particulier pour ce qui est de la question des droits de l'homme et des questions visées aux points 4 et 9 a). La Turquie aura aussi la possibilité de participer à des programmes communautaires, d'être associée à des organismes de la Communauté et de prendre part à des réunions organisées entre les pays candidats et l'Union dans le cadre du processus d'adhésion. Il sera institué un partenariat pour l'adhésion sur la base des conclusions des Conseils européens précédents ; il définira les volets prioritaires des préparatifs à l'adhésion, eu égard aux critères politiques et économiques et aux obligations auxquelles un Etat membre doit satisfaire, et sera assorti d'un programme national d'intégration de l'acquis. Des mécanismes appropriés de suivi seront mis en place. Afin d'intensifier les travaux visant à aligner la législation et les pratiques turques sur l'acquis, la Commission est à élaborer un processus d'examen analytique de l'acquis. Le Conseil européen demande à la Commission de présenter un cadre unique qui permette de coordonner toutes les sources d'aide financière de l'Union européenne pour la période de préadhésion. (...) »

187. On doit noter, à cet égard, que les critères politiques, sociaux et économiques d'adhésion de tout Etat membre dits « critères de Copenhague » avaient été définis lors du Conseil européen qui s'était tenu dans la capitale danoise les 21 et 22 Juin 1993, en ces termes :

« (...) 7. *RELATIONS AVEC LES PAYS D'EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE*

Les pays associés

(...)

*iii) Le Conseil européen est convenu aujourd'hui que les pays associés de l'Europe centrale et orientale qui le désirent pourront devenir membres de l'Union européenne. L'adhésion aura lieu dès que le pays membre associé sera en mesure de remplir les obligations qui en découlent, en remplissant les **conditions économiques et politiques** requises.*

*L'adhésion requiert de la part du pays candidat qu'il ait des **institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection**, l'existence d'une **économie de marché viable** ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union. L'adhésion présuppose la capacité du pays candidat à en assumer les obligations, et notamment de souscrire aux objectifs de l'union politique, économique et monétaire. (...)* »

188. De plus, les avis émis sous forme de résolution du Parlement européen sur les rapports successifs dits « rapports réguliers de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion » ne mentionnent même pas la résolution du 18 Juin 1987.

189. Dans le même ordre d'idées, la résolution adoptée le 28 Février 2002 par le Parlement européen « sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Les relations de l'Union européenne avec le Sud du Caucase, dans le cadre des accords de partenariat et de coopération (COM 5 1999) 272 – C 5 – 0116/1999 – 1999/ 2119 (COS) » ne fait qu'évoquer partiellement la résolution du 18 Juin 1987, mais sans en tirer les conséquences politiques et juridiques et donc sans aucune garantie pour la communauté arménienne d'Europe, en ces termes :

« (...) 19. *Invite les pays limitrophes que sont la Russie, l'Iran et la Turquie à apporter une contribution constructive à l'évolution pacifique dans la région sud-caucasienne ; à cet égard, invite particulièrement la Russie à honorer ses engagements de réduction de sa présence militaire, et la Turquie à prendre des mesures en conformité avec ses aspirations européennes, notamment **en mettant fin au blocus décrété contre l'Arménie**, rappelle à cet égard la position par lui prise dans sa **résolution du 18 juin 1987 sur une solution politique de la question arménienne** », où il reconnaît le **génocide perpétré contre les Arméniens en 1915**, et « invite la Turquie à créer les **conditions de la réconciliation** ; (...) »*

190. Ainsi, par cet acte, le **Parlement européen** se borne à rappeler sa reconnaissance du **Génocide Arménien**, mais ignore totalement l'engagement juridique ferme et irrévocable qu'il avait pris le 18 Juin 1987, notamment à l'égard des citoyens européens d'origine arménienne, de s'opposer à l'examen de la candidature de la Turquie tant que celle-ci n'aurait pas reconnu ce génocide.

191. De plus, usant d'une **formule particulièrement édulcorée**, le Parlement se contente d'**inviter** la Turquie « à **créer les conditions de la réconciliation** », évitant scrupuleusement d'employer le terme de « **reconnaissance** » du Génocide Arménien, dans un souci évident de ménager, complaisamment, la susceptibilité de l'Etat turc.

192. De fait, le Parlement européen ne déclare nullement subordonner son futur avis conforme à la reconnaissance préalable du Génocide Arménien par la Turquie.

193. Comme le rappelle le **Règlement (CE) n°390/ 2001 du Conseil du 26 Février 2001** concernant l'assistance à la Turquie dans le cadre de la stratégie de **préadhésion**, et notamment l'instauration d'un partenariat pour l'adhésion, « *le Conseil européen de Helsinki des 10 et 11 Décembre 1999 a déclaré que la Turquie était un Etat candidat qui avait vocation à rejoindre l'Union européenne sur la base des mêmes critères que ceux qui s'appliquent aux autres pays candidats et que, dans le cadre de la stratégie européenne actuelle, la Turquie comme les autres pays candidats, bénéficierait d'une stratégie de préadhésion visant à encourager et appuyer ses réformes.* ».

194. La **Décision du Conseil du 8 Mars 2001 (2001/235/CE)** a fixé les principes, priorités, objectifs intermédiaires et conditions du partenariat pour l'adhésion de la Turquie .

195. L'article **1^{er}** du **Règlement (CE) n°2500/2001 du Conseil du 17 Décembre 2001** dispose :

« La Communauté fournit une aide financière de préadhésion à la Turquie afin de soutenir les priorités définies dans le partenariat pour l'adhésion en faveur de ce pays. »

196. La position de la Communauté face à l'adhésion de la Turquie a été confirmée lors du **Conseil européen de Copenhague** des 12 et 13 Décembre 2002 qui a précisé le calendrier des négociations d'adhésion de la façon suivante:

« (...)
ELARGISSEMENT
 (...)
Turquie

18. Le Conseil européen rappelle la décision qu'il a prise en 1999 à Helsinki, selon laquelle la Turquie est un pays candidat qui a vocation à rejoindre l'Union sur la base des mêmes critères que ceux qui s'appliquent aux autres pays candidats. Il se félicite vivement des mesures importantes prises par la Turquie pour satisfaire aux critères de Copenhague, notamment par le biais des récents trains de mesures législatives et des mesures de mise en œuvre ultérieures, qui couvriront un grand nombre des priorités clés définies dans le Partenariat pour l'adhésion.

L'Union salue la détermination du nouveau gouvernement turc à prendre de nouvelles mesures sur la voie des réformes et engage en particulier le gouvernement à remédier rapidement à toutes les insuffisances qui subsistent au regard des critères politiques, non seulement dans le domaine de la législation, mais aussi, et surtout, dans celui de la mise en œuvre.

L'Union rappelle que, selon les critères politiques arrêtés en 1993 à Copenhague, l'adhésion requiert de la part d'un pays candidat qu'il ait des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection.

19. *L'Union encourage la Turquie à poursuivre énergiquement son processus de réforme. Si, en décembre 2004, le Conseil européen décide, sur la base d'un rapport et d'une recommandation de la Commission, que la Turquie satisfait aux critères politiques de Copenhague, l'Union européenne ouvrira sans délai des négociations d'adhésion avec ce pays.*

20. *Afin d'aider la Turquie sur la voie de l'adhésion à l'UE, la stratégie prévue pour ce pays sera renforcée. La Commission est invitée à présenter une proposition relative à un Partenariat pour l'adhésion révisé et à intensifier le processus d'examen de la législation. Parallèlement, l'Union douanière CE-Turquie devrait être étendue et approfondie. L'Union augmentera considérablement son aide financière de préadhésion en faveur de la Turquie. A compter de 2004, cette aide sera financée au titre de la ligne budgétaire 'dépenses de préadhésion'.*

*

**

21. *L'Union européenne et les Etats adhérents ont marqué leur accord sur une déclaration conjointe 'Une seule Europe', qui sera annexée à l'acte final du traité d'adhésion, concernant le caractère continu, inclusif et irréversible du processus d'élargissement (voir doc. SN 369/02). (...) »*

197. Or, à cette dernière date, le Chef de l'exécutif français ne pouvait ignorer le vote de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** relative à la **reconnaissance du Génocide Arménien de 1915 pour l'avoir lui-même promulgué.**

198. Le **Conseil européen de Thessalonique** des **19 et 20 Juin 2003** a réaffirmé sa volonté d'aider la Turquie, notamment financièrement, aux fins que ce pays satisfasse aux critères politiques de Copenhague avant le mois de **Décembre 2004**, permettant, dès lors, l'ouverture des négociations d'adhésion :

«

(...)

ELARGISSEMENT

(...)

38. *Le Conseil européen se félicite de l'engagement pris par le gouvernement turc de poursuivre le processus de réforme, et notamment d'achever les travaux législatifs restants d'ici la fin 2003, et il soutient les efforts entrepris pour remplir les critères politiques de Copenhague en vue de l'ouverture des négociations d'adhésion avec l'Union. Compte tenu des progrès réalisés, de nouveaux efforts importants doivent encore être déployés à cette fin. Afin d'aider la Turquie à atteindre cet objectif, le Conseil a récemment adopté un partenariat pour l'adhésion révisé qui fixe les objectifs prioritaires vers lesquels doit tendre la Turquie, soutenue par une aide financière de pré-adhésion considérablement accrue. Conformément aux conclusions d'Helsinki, le respect de ces priorités aidera la Turquie à progresser sur la voie de l'adhésion à l'UE. Le partenariat pour l'adhésion constitue la pierre angulaire des relations UE-Turquie, compte tenu en particulier de la décision que doit prendre le Conseil européen en décembre 2004. (...) »*

199. En outre, **la Commission européenne** persiste dans son attitude consistant à considérer que la question du **Génocide Arménien** ne fait pas partie des **critères de Copenhague**.

200. Ainsi, cette institution s'est-elle exprimée dans sa **lettre** en date du 7 Août 2003, en réponse au courrier en date du 16 Juin 2003 de **Monsieur Jean-Pierre BERBERIAN**, Conseiller municipal de Marseille et administrateur de la **l'Association EURO-ARMENIE**, dans les termes suivants :

« (...)

Les critères politiques définis par le Conseil européen de Copenhague de juin 1993 auxquels les pays candidats à l'adhésion ont l'obligation de satisfaire prévoient que ces pays doivent être parvenus à une stabilité des institutions 'garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme ainsi que le respect des minorités et leur protection.'

Dans sa réponse à la question posée par Madame Marie-Arlette Carlotti, membre du Parlement européen, en date du 4 octobre 2000, la Commission européenne a répondu qu'elle considère que la première question soulevée dans votre lettre n'est pas couverte par les critères de Copenhague. (...) »

*

201. Au cours de l'année **2004** le Président de la République française a eu l'occasion d'exprimer, de son côté, **l'intérêt médiocre** qu'il portait à ses concitoyens d'origine arménienne en réaffirmant à plusieurs reprises qu'à ses yeux, le Génocide Arménien ne devait en aucune façon influencer sur l'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne, mais qu'il s'agissait là d'un « **problème bilatéral entre l'Arménie et la Turquie** », le passé ne pouvant selon lui conditionner l'avenir (conférence de presse du 29 Avril 2004) et que l'intégration de la Turquie se ferait et qu'elle était même souhaitable (déclarations lors de la célébration de la journée de l'Europe du 9 Mai 2004), ignorant, de la sorte le caractère **imprescriptible** attaché aux **crimes contre l'humanité**, comme l'est le **Génocide Arménien**.

.../...

202. Les prises de position du Chef de l'Etat ne manquèrent pas de susciter de nombreuses réactions indignées dont celle de **Monsieur Grégoire KRIKORIAN**, premier requérant et **Monsieur Jean-Pierre BERBERIAN**, Conseiller municipal de Marseille et porte-parole de l'Association **EURO-ARMENIE** dans les **deux lettres** en date des 19 Avril 2004 et 10 Mai 2004 restées sans réponse.

203. Aucune initiative ne fut davantage prise par le Chef de l'Etat français lors du **Conseil européen de Bruxelles** des 17 et 18 Juin 2004 aux fins de tenir compte de la question du **Génocide Arménien**.

204. Les **conclusions de la Présidence** sont, en effet, les suivantes:

« (...) 25. *Le Conseil européen se félicite des avancées majeures réalisées à ce jour par la Turquie en matière de réformes, et notamment des amendements constitutionnels importants et de grande portée adoptés au mois de mai. Il salue les efforts constants et soutenus déployés par le gouvernement turc pour satisfaire aux critères politiques de Copenhague. A cet égard, le Conseil européen souligne l'importance de mener à bien les travaux législatifs restants et d'intensifier les efforts afin de garantir que des progrès décisifs seront réalisés dans la mise en oeuvre intégrale, en temps voulu, des réformes à tous les niveaux de l'administration et dans l'ensemble du pays.*

26. *L'Union européenne continuera d'apporter son aide dans ce travail de préparation et d'oeuvrer à l'application intégrale de la stratégie de préadhésion, notamment en ce qui concerne le renforcement de l'indépendance et un meilleur fonctionnement de l'appareil judiciaire, le cadre général d'exercice des libertés fondamentales (liberté d'association, d'expression et de religion), les droits culturels, la poursuite de l'alignement des relations entre les sphères civile et militaire sur les pratiques européennes et la situation dans le sud-est du pays.*

27. *L'Union réaffirme son engagement d'ouvrir sans délai des négociations d'adhésion avec la Turquie si le Conseil européen décide, en décembre 2004, sur la base d'un rapport et d'une recommandation qu'aura présentés la Commission, que la Turquie satisfait aux critères politiques de Copenhague.*

(...) »

205. La participation du **Président Jacques CHIRAC** au sommet de l'OTAN au mois de Juin 2004 à Istanbul ne laissèrent aucun doute sur ses intentions concernant l'ouverture des négociations d'adhésion à l'Union européenne, même si lors de sa conférence de presse donnée le 10 Octobre 2004 lors de son voyage officiel en Chine, il a réservé le droit de la France en cours de négociations, d'opposer son veto si les conditions d'adhésion de la Turquie cessaient d'être remplies.

206. Mais, à aucun moment la question du **Génocide Arménien** n'a été posée par le Chef de l'Etat comme préalable obligatoire à l'ouverture des pourparlers d'adhésion, ni même à l'adhésion définitive d'Ankara.

207. Ce comportement **abstentionniste** de l'exécutif français a été confirmé le 14 Octobre 2004 à l'Assemblée Nationale lors du **débat sans vote** sur la candidature de la Turquie à l'Union européenne au cours duquel **Monsieur Michel BARNIER**, Ministre des Affaires étrangères a déclaré:

*« (...) Quant à l'immense tragédie de 1915 qui reste présente dans la mémoire des Français, en particulier des très nombreux Français d'origine arménienne, je veux rappeler à son propos que le projet européen est un projet de paix et de réconciliation: de paix entre les pays, y compris et surtout entre ceux qui ont été en conflit, de réconciliation avec soi-même et avec son histoire. Il y a donc un travail de mémoire à entreprendre, et la perspective européenne encourage ce travail de mémoire, même si elle ne le rend pas nécessaire. Cette question ne conditionne sans doute pas l'ouverture des négociations, mais elle sera un élément important du débat, ce dont chacun doit être conscient. Je pense sincèrement que la Turquie devra entreprendre **un travail de mémoire** à l'égard de son propre passé et de sa propre histoire. (...) »*

208. Si le revirement spectaculaire de l'exécutif français déclarant, le 13 Décembre 2004, par la voix du Ministre des Affaires étrangères que la France poserait au cours des négociations la question du Génocide Arménien, puis par celle du Chef de l'Etat lui-même lors de son allocution télévisée du 15 Décembre 2004 suivant qu' « il existe une loi qui parle de génocide, par conséquent, c'est la loi », est à rattacher directement à la saisine par Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et d'autres personnes, le 12 Novembre 2004, du Conseil d'Etat d'un référé-liberté fondé sur l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (cf. pièce n°I-50), aucune garantie juridique n'a cependant, à ce jour, été donnée que la France s'opposerait à l'ouverture des négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union européenne, ni même à son adhésion définitive tant que cet Etat persisterait à nier le Génocide Arménien.

209. L'examen des différents documents susvisés démontre, à l'évidence, que l'Etat français n'a, à court, moyen ou long terme, aucune intention de subordonner l'adhésion de la Turquie à la reconnaissance préalable du Génocide Arménien qui avait été érigée, pourtant, par le Parlement européen le 18 Juin 1987 en condition sine qua non de l'examen de cette adhésion et qui a fait l'objet d'une reconnaissance expresse par la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001.

210. De surcroît, l'Union européenne fait bénéficier la Turquie d'un partenariat pour l'adhésion, prévoyant, notamment, une aide financière importante spécialement destinée à aider ce pays à mettre en place les réformes qui sont présentées comme devant lui permettre de s'engager de façon irréversible sur la voie de l'adhésion.

211. C'est bien dire qu'à tout le moins, depuis le Conseil européen d'Helsinki des 10-11 Décembre 1999, **la Communauté européenne a commencé à examiner la candidature de la Turquie à l'adhésion**, ce, **en violation flagrante de la résolution du 18 Juin 1987**, par laquelle le **Parlement européen** avait reconnu le drame vécu par le Peuple Arménien au début du vingtième siècle comme un **génocide** et fait de sa non-reconnaissance par la Turquie actuelle un « **obstacle incontournable** » à l'examen de sa candidature.

212. Il apparaît, ainsi, clairement, que les institutions communautaires **n'ont tenu aucun compte des prescriptions impératives de ladite résolution**, véritable **norme de JUS COGENS communautaire**.

213. La **responsabilité de la Communauté européenne** et celle de **l'Etat français** se trouvent, partant, d'ores et déjà engagées, ceux-ci ne disposant, en l'occurrence, **d'aucune marge d'appréciation** quant à la nécessaire prise en considération de la question du Génocide Arménien dans le cadre de l'examen de la candidature de la Turquie.

214. Ce comportement **abstentionniste** du **Président de la République française** face au **négationnisme de l'Etat turc** qui meurtrit quotidiennement les **450 000 membres** de la Communauté Arménienne de France dont les requérants et réitéré encore le 26 Octobre 2004 à **Berlin**, et le 17 Décembre 2004 à **Bruxelles**, contrastait nettement avec la **bienveillance** qu'il témoignait à l'égard des **victimes des crimes nazis** pendant la seconde guerre mondiale.

215. Ainsi, témoignent de cette **discrimination** entre deux groupes de victimes d'un génocide, les déclarations du **Président Jacques CHIRAC** retransmises lors de l'émission « Le Vrai Journal » de la chaîne télévisée « CANAL PLUS » diffusée le 30 Novembre 2003 à 12h50, aux termes desquelles « *Quand on s'attaque à un Juif en France, il faut bien comprendre qu'on s'attaque à la France tout entière* »,

ou encore, concernant la polémique relancée par le délégué général du Front National, **Bruno GOLLNISCH**, la volonté du Chef de l'Etat affichée lors de la **réception à l'Elysée** le Vendredi 22 Octobre 2004 de **l'Association Judaïsme et liberté**, à l'occasion des vingt ans de ladite association que soient « *punis avec la plus grande rigueur* » « *le négationnisme et le révisionnisme que l'on voit encore tristement et scandaleusement à l'oeuvre* », réaffirmant sa « *totale détermination et celle du gouvernement* » à poursuivre et sanctionner les **actes à caractère antisémite** « *avec toute la rigueur de nos lois* » (cf. « Le Monde » des 24-25 Octobre 2004, p.10),

et plus récemment à l'occasion de l'hommage du Chef de l'Etat, du Premier ministre et d'autres membres du Gouvernement, rendu au jeune **Ilan HALIMI**, victime d'un **crime atroce** imputé au « gang des barbares ».

216. Les requérants ont, dès lors, le plus grand intérêt à empêcher que le **préjudice moral** incontestable à eux causé par le **négationnisme de l'Etat turc** aggravé par **l'ouverture de négociations d'adhésion** avec cet **Etat génocidaire** qui persiste à ne pas reconnaître sa **faute incommensurable** et **non sérieusement contestable ne perdure et qu'il soit mis fin, par la transposition adéquate de la décision-cadre** du 28 Novembre 2008, à la **discrimination** créée dans le droit positif français par la **loi dite Gayssot** du 13 Juillet 1990 et prolongée par la **décision n°2012-647 DC** du 28 Février 2012 du **Conseil constitutionnel** (Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi).

I-F/ LES EXIGENCES DE LA DECISION-CADRE 2008/913/JAI ARRETEE LE 28 NOVEMBRE 2008 PAR LE CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE

217. L'exigence de transposition qui résulte à la fois du **droit constitutionnel français** (I-F-1) et du **droit de l'Union européenne** (ci-après « UE ») (I-F-2) se concrétise, en l'occurrence, par la **nécessité** de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008 en toutes ses dispositions, à l'exclusion du **paragraphe 4 de son article 1er** (I-F-3).

I-F-1/ L'OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE TRANSPOSER LES ACTES PRIS PAR LES INSTITUTIONS DE L'UNION EUROPEENNE

218. Elle résulte des articles **88-1** et **88-2** de la Constitution aux termes desquels:

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

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

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

Monsieur Frédéric DESPORTES, Rapporteur public, a reconnu la **force obligatoire** de la **transposition** dans ses conclusions précitées :

« (...) L'**obligation de transposition** nous semble ainsi revêtir la même force pour les **décisions- cadre** que pour les **directives**. Dans les deux cas, elle trouve son fondement non seulement dans le **droit de l'Union** mais également dans l'article **88-1** de la **Constitution** ainsi que l'a jugé, à propos des directives, le Conseil d'Etat (9 - Ass. 8 févr. 2007, sté *Arcelor Atlantique*, n° 287170, Rec.) à la suite du Conseil constitutionnel (10 - v. not. Déc. n° 2004-496 DC 10 juin 2004, *Economie numérique* ; déc. n° 2006-543 DC 30 nov. 2006, *Droits d'auteur*) (...) ».

**I-F-2/ L'OBLIGATION COMMUNAUTAIRE DE TRANSPOSER LES ACTES
PRIS PAR LES INSTITUTIONS DE L'UNION EUROPEENNE**

219. Elle est la conséquence nécessaire des **principes de primauté et d'applicabilité directe** du droit de l'Union européenne, tels que précisés par la CJUE dans son arrêt **Simmenthal** du 09 Mars 1978 (C-106/77) et rappelé dans son arrêt **Factortame** du 19 Juin 1990:

« 18 (...) il y a lieu de rappeler que la Cour, dans son arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), a déclaré que les règles d'applicabilité directe du droit communautaire 'doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité' (point 14) et que 'en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des Institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres... de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale' (point 17) (...) » (CJUE, The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte; Factotame Ltd e.a., affaire C-213/89).

220. Cette obligation qui résulte également du **principe de coopération loyale** des Etats membres (art. 4 TUE) vise tant les **directives** que les **décisions-cadres**, comme le rappelle opportunément la **Circulaire du Premier ministre** du 27 Septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes, laquelle demeure applicable en vertu du **décret** n°2008-1281 du 08 Décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires dès lors qu'elle figure sur le site internet relevant du Premier ministre **circulaires.gouv.fr** :

« De la qualité de la transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes dépendent à la fois la sécurité des situations juridiques et le crédit de la France auprès de ses partenaires européens.

Les obligations de transposition pesant sur l'Etat découlent tant de la Constitution du 4 octobre 1958 que des traités européens. Un manquement à ces obligations n'affecte pas seulement notre crédit au sein de l'Union. Il expose la France à des sanctions contentieuses, y compris pécuniaires. Il entrave le bon fonctionnement du marché intérieur, affectant aussi bien la concurrence entre entreprises que la protection des consommateurs. (...) »

221. Le **Conseil d'Etat** abandonnant sa jurisprudence **Cohn-Bendit** de 1978, confirme, aujourd'hui, cette double obligation de transposition pour l'Etat:

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

Les mêmes principes ont, depuis, été consacrés par le **Tribunal des conflits** :

« (...) *Considérant, d'autre part, que, s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne ; (...) »*

(TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chénau et a. c/ Inaporc et a., n° 3828, 3829).

*

I-F-3/ L'OBLIGATION DE TRANSPOSER LES ACTES PRIS PAR LES INSTITUTIONS DE L'UNION EUROPEENNE DANS LE RESPECT DU DROIT CONSTITUTIONNEL, DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DU DROIT CONVENTIONNEL

222. Comme susdit, la **transposition** d'un acte pris par une Institution, comme la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, ne saurait générer **aucune violation du droit constitutionnel, ni du droit supranational** (droit de l'Union européenne, droit conventionnel et principes généraux du droit international public), que cette violation soit due à une **mauvaise (infidèle) transposition** de la décision-cadre ou à un **vice d'illégalité** entachant celle-ci à l'origine, comme en l'espèce (**I-F-3-b**), circonstance commandant que soit posée, **avant dire droit**, la **question préjudicielle de sa validité** (**I-F-3-a**). En outre, **aucune norme nationale** ne saurait contrarier la **transposition adéquate** de ladite décision-cadre (**I-F-3-c**).

I-F-3-a/ LA QUESTION PREJUDICIELLE DE LA VALIDITE DE L'ARTICLE 1ER, PARAGRAPHE 4 DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008 CONDITION PREALABLE NECESSAIRE DE LA TRANSPOSITION DE CET ACTE, A L'EXCLUSION DE SON PARAGRAPHE LITIGIEUX

223. Le principe de la **question préjudicielle** est bien ancré dans la jurisprudence du **Conseil d'Etat** relative aux **directives**, qui est parfaitement transposable aux **décisions-cadres** dès lors qu'à l'instar de celles-là, celles-ci **lient les Etats membres quant au résultat à atteindre**:

*« (...) Considérant, en premier lieu qu'il résulte tant de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment de son arrêt du 15 octobre 2002, que, dans l'ordre juridique communautaire, les **droits fondamentaux** garantis par la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** sont protégés en tant que **principes généraux du droit communautaire**; qu'il appartient en conséquence au **juge administratif**, saisi d'un moyen tiré de la **méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, de **rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations**; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écartier le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de **saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle**, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne; (...) » (**CE, 10 Avril 2008, Conseil National des Barreaux et autres, Conseil des Barreaux Européens, n°296845, 296907**).*

Il importe de souligner, à cet égard, que le **Conseil constitutionnel** a, lui-même, pour la première fois, le 04 Avril 2013, fait application des **règles nationales** (article **88-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) et **supranationales** (article **267 § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE**) prescrivant l'obligation de **renvoi préjudiciel** aux fins de recueillir, en urgence, de la **Cour de justice de l'Union européenne**, l'**interprétation authentique et faisant foi** des articles **27** et **28** de la **décision-cadre n°2002/584/JAI** du **Conseil**, du 13 Juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (**CC, décision n°2013-314P QPC du 04 Avril 2013, M. Jeremy F.**).

**I-F-3-b/ L'ARTICLE 1ER, PARAGRAPHE 4 DE LA DECISION-CADRE
DU 28 NOVEMBRE 2008 DEVRA, SUR RENVOI PRÉJUDICIEL, ETRE DECLARE
INVALIDE PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE**

224. En l'occurrence, il est patent que l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, permettant aux Etats membres de **limiter le champ d'application** de celle-ci aux seuls crimes « *établis par une décision définitive rendue exclusivement par une **juridiction internationale*** » crée une **discrimination flagrante** dans la protection juridictionnelle due aux victimes de crimes contre l'humanité - comme conduisant inévitablement à priver de toute protection juridictionnelle les victimes de négationnisme portant notamment sur le **Génocide Arménien** et l'**Esclavage**, pourtant reconnus comme **crimes contre l'humanité** respectivement par les **lois n°2001-70** et **2001-434** des 29 Janvier et 21 Mai 2001 - et méconnaît, partant, le **droit à l'égalité de traitement** et l'**interdiction de la discrimination**, normes protectrices des **droits fondamentaux** garanties par les articles **20** et **21** de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** proclamée à Strasbourg le 12 Décembre 2007 et entrée en vigueur le 1er Décembre 2009 (ayant, en vertu de l'article **6, paragraphe 1, premier alinéa** du TUE, la même valeur juridique que les traités), ainsi que par les articles **2, 3 paragraphe 3, deuxième alinéa, 9 TUE, 8 et 10 TFUE**.

225. De plus, la clause de réserve de l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 se révèle **incompatible** avec l'objectif « *de rapprocher davantage les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres et de surmonter les obstacles à une coopération judiciaire efficace qui tiennent essentiellement à la disparité des approches législatives dans les Etats membres.* » (considérant **3**), de même qu'avec son article **7** relatif aux « *Règles constitutionnelles et principes fondamentaux* » aux termes duquel:

« 1. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'association, tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. (...) ».

226. En effet, il serait choquant et paradoxal, au regard des principes susmentionnés, que la répression de la négation du Génocide Arménien et de l'esclavage soit possible par exemple aux Pays-Bas et impossible en France alors même que celle-ci a reconnu ces crimes contre l'humanité par **deux lois** de son Parlement.

227. Il y aura lieu, dès lors, de transposer la décision-cadre **à l'exclusion du paragraphe 4** de son **article 1er** manifestement contraire au droit de l'Union européenne et devant, en tant que tel, être **déclaré invalide** par la **Cour de justice de l'Union européenne** (ci-après « CJUE ») dans le cadre d'un **renvoi préjudiciel** prévu par l'article **267 TFUE** (v. infra § II-A).

*

.../...

I-F-3-c/ LA QUESTION PREJUDICIELLE DE L'INTERPRETATION DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008 ET DU DROIT PRIMAIRE DE L'UNION EUROPEENNE AU REGARD DE LA NOUVELLE REGLE CONSTITUTIONNELLE RELATIVE A LA NORMATIVITE DE LA LOI

228. Aux termes de l'article 4, § 3 TUE :

*« En vertu du **principe de coopération loyale**, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.*

Les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les Etats membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. »

229. Ce texte a enrichi, au titre du **principe de coopération loyale**, les obligations des Etats membres telles qu'elles figuraient à l'article 10 du traité CE.

230. Or, la CJUE juge à cet égard, qu' « *en vertu d'une jurisprudence constante développée à propos de l'article 10 CE, mais trouvant également à s'appliquer à l'égard de l'article 192 EA, le devoir des Etats membres, en vertu desdites dispositions, de **prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit communautaire s'impose à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Aussi appartient-il à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire. Si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire** (voir, notamment, arrêts du 4 février 1988, Murphy e.a., 157/86, Rec. p. 673, point 11, ainsi que du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, points 38 à 40).*

(...) »

(CJUE, Grande Chambre, 27 Octobre 2009, Land Oberösterreich c/ CEZ as, n° C-115/08, § 138).

231. On déduit du **principe de coopération loyale** tel qu'interprété par la Cour de Luxembourg, que les juridictions nationales, y compris les **juridictions suprêmes**, ne doivent pas contrarier la bonne application du droit de l'Union européenne.

232. Or, en l'espèce, l'interprétation par le **Conseil constitutionnel** de l'article 6 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (DDH) fait obstacle à la transposition adéquate en droit interne de la décision-cadre du 28 Novembre 2008.**

233. Il y aura lieu, dès lors, à cet égard, de saisir, sur le fondement des articles **35 TUE ancien**, **4 § 3 TUE** et **267 TFUE**, la **Cour de justice de l'Union européenne** d'une question préjudicielle de l'interprétation de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 et du droit primaire de l'Union européenne (v. infra § II-A).

*

234. Le présent recours est justifié par le **déni de justice** qui résulte de la **double déclaration d'incompétence des deux ordres juridictionnels français** (**Conseil d'Etat**, 26 Novembre 2012 ; **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence**, 30 Janvier 2014) qu'approuve le **Tribunal des conflits** dans sa **décision n°03995** du 06 Juillet 2015) rendant, ainsi, **impossible** la saisine de la Cour de justice, sur le fondement de l'article **267 TFUE**, à la seule initiative des juridictions nationales.

235. Les questions à résoudre, posées à la **Cour de justice de l'Union européenne**, que les requérants ont saisie le 13 Mai 2014, sont, donc, les suivantes :

1°) Le **principe de protection juridictionnelle effective** (art. **19 § 1 TUE**) que les Etats membres doivent assurer aux justiciables doit-elle trouver sa sanction exclusivement dans l'**action en responsabilité** devant les **juridictions nationales** ou bien peut-elle s'actualiser par un **recours préjudiciel** devant la **Cour de justice de l'Union européenne** (art. **19 § 3, a) TUE**) lorsque la **saisine directe de la Cour** est le seul moyen d'assurer l'**effectivité** dudit principe ?

Plus précisément, la **CJUE**, pour statuer, « à titre préjudiciel (...) sur l'**interprétation des traités** » et/ou « sur la **validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union** » (art. **267, § 1, a) et b) TFUE**) doit-elle être **nécessairement** saisie « à la **demande des juridictions nationales** » (art. **19 § 3, b) TUE**) ou peut-elle l'être, aussi, « sur les **recours formés par (...) des personnes physiques ou morales** » ? (art. **19 § 3, a) TUE**) ?

2°) L'article **267 TFUE** qui fait **obligation** à « une **juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** » de saisir la **CJUE** d'une demande de décision préjudicielle portant « a) sur l'**interprétation des traités** » et/ou « b) sur la **validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union**, » « **Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante** » devant elle, crée-t-il des **droits dans le chef des particuliers**, spécialement le droit d'obtenir la **saisine effective de la CJUE** pour qu'elle statue sur les questions préjudicielles dont la juridiction nationale aurait refusé, sans motif légitime, le renvoi à la **CJUE** ?

236. La réponse à ces questions peut être trouvée en partie dans la jurisprudence de la Cour de justice qui **dit pour droit** :

.../...

*« L'article 177, alinéa 3 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'une **juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté. »***

(CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT, n°283/81)

237. L'obligation de saisine a été explicitée par la **Cour de justice** qui précise qu'elle « s'inscrit dans le cadre de la coopération, instituée en vue d'assurer la bonne application et **l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres, entre les juridictions nationales, en leur qualité de juges chargés de l'application du droit communautaire, et la Cour de justice. L'alinéa 3 de l'article 177 vise plus particulièrement à éviter que s'établissent des divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté sur des questions de droit communautaire. La portée de cette obligation doit dès lors être appréciée d'après ces finalités, en fonction des compétences respectives des juridictions nationales et de la Cour de justice, lorsqu'une telle question d'interprétation est soulevée au sens de l'article 177 » (ibid. point 7).**

*« (...) Ces juridictions ne sont, dès lors, pas tenues de renvoyer une question d'interprétation de droit communautaire soulevée devant elles **si la question n'est pas pertinente, c'est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige.** » (ibid. point 10)*

*« Par contre, si elles constatent que le recours au droit communautaire est nécessaire en vue d'aboutir à la solution d'un litige dont elles se trouvent saisies, **l'article 177 leur impose l'obligation de saisir la Cour de justice de toute question d'interprétation qui se pose.** » (ibid. point 11)*

*

238. Les termes de **l'ordonnance** rendue le 06 Novembre 2014 par la CJUE (*pièce n°192*) rendent nécessaire de saisir, à nouveau, cette juridiction de **demandes de décisions préjudicielles**.

**I-G/ LA VERITE PARADOXALE INTRINSEQUEMENT ATTACHEE A
L'ARRET RENDU LE 15 OCTOBRE 2015 PAR LA GRANDE CHAMBRE DE LA
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : LE GENOCIDE ARMENIEN
EST UN CRIME INTERNATIONAL NOTOIRE**

« *Que les massacres et déportations subis par le peuple arménien étaient constitutifs d'un génocide relève de l'« évident ». Le génocide arménien est un fait historique clairement établi. (1) Le nier revient à nier l'évidence. »*

Tel est le **jugement apodictique** que portent, dans leur **opinion dissidente** rendue publique le 15 Octobre 2015, les juges **SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILIANOS, SILVIS** et **KÜRIS**, qui fait corps avec l'arrêt rendu le même jour par la **Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme**, dans l'affaire opposant la **Suisse à Dogu PERINCEK** - page 126/139, § 2 de l'arrêt - (1. Cf. pour le détail, à la fois concernant la **matérialité** des faits et l'**élément intentionnel** de ceux qui ont commis les crimes, Hans-Lukas Kieser et Donald Bloxham, in *The Cambridge History of the First World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, Vol. I, "Global War", Ch. 22 (Genocide), pp. 585-614.).

Plus aucun doute n'est, aujourd'hui, permis : le **Génocide Arménien** est un **crime international notoire** dont la **preuve** n'a pas à être administrée, mais dont l'**existence** se **constate**, au sens de l'article 69 § 6 du **Statut de Rome (Cour pénale internationale)**, statut auquel renvoie la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 :

« *La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire. »*

La **réalité évidente** du **Génocide Arménien – vérité de fait et vérité de raison (Leibniz)** - n'est pas, au demeurant, susceptible d'être contredite par le dispositif ou les motifs de l'arrêt.

La **Grande Chambre** a, en effet, éprouvé le besoin de rappeler l'étendue de sa saisine et de sa compétence :

« (...) 102. *Il s'ensuit donc en l'espèce, comme la chambre l'a dit au paragraphe 111 de son arrêt, que la Cour non seulement n'est pas tenue de dire si les massacres et déportations massives subis par le peuple arménien aux mains de l'Empire ottoman à partir de 1915 peuvent être qualifiés de génocide au sens que revêt ce terme en droit international, mais aussi qu'elle est incompétente pour prononcer, dans un sens ou dans l'autre, une conclusion juridique contraignante sur ce point. (...) ».*

On en déduit aisément que la condamnation de la **Suisse** ne signifie pas que le juge européen fait sienne la **thèse négationniste** du « *mensonge international* » (sic) propagée par PERINCEK.

A n'en pas douter, la (forte) minorité (**sept juges sur dix-sept**, soit **41%** de la formation de jugement réunie en Grande Chambre, comptant dans ses rangs, fait remarquable, **Dean SPIELMANN, Président en exercice** de la **Cour européenne des droits de l'homme**, dont le mandat s'achève à la fin du mois d'Octobre 2015) a, par la justesse de son jugement, renversé et dépassé la sentence de la majorité.

A cette déclaration dissidente doit, en outre, - il n'est pas inutile de le souligner, - s'ajouter l'opinion **partiellement concordante** et **partiellement dissidente** de la juge **Angelika NUSSBERGER**.

Celle-ci, en effet, en posant la question de la **différence de traitement entre deux groupes de victimes de génocides**, introduit dans le discours de la majorité une **contradiction** qui ruine ses conclusions et neutralise la normativité de l'arrêt :

*« Pourquoi des sanctions pénales pour refus de qualifier de « **génocide** » les **massacres d'Arméniens en Turquie en 1915** emportent-elles violation de la liberté d'expression alors que des sanctions pénales pour négation de **l'Holocauste** ont été jugées compatibles avec la Convention ? »* (page **122/139** de l'arrêt).

Pour **Madame NUSSBERGER**, la condamnation de Dogu PERINCEK par les juridictions suisses, pour avoir prétendu publiquement que le **Génocide Arménien** serait « **un mensonge international** » (sic), n'a pas été constitutive dans son chef d'une **violation matérielle** de la liberté d'expression, mais seulement d'une **violation procédurale**. Ce que le **juge NUSSBERGER** reproche en substance au législateur suisse c'est d'avoir **insuffisamment défini** l'infraction de négation d'un génocide punie par l'article **261 bis, alinéa 4** du Code pénal suisse, en reportant sur les juges une tâche qui incombe exclusivement au Parlement (**principe de légalité des délits et des peines**) :

*« (...) Le **conflit** entre la liberté pour le requérant de douter de la véracité de ce qui est considéré comme la « **vérité historique** » et la protection du sens de **l'identité historique des Arméniens et de leurs sentiments** aurait dû être réglé par le législateur suisse de **manière claire et prévisible**. Or l'article 261bis, al. 4, du code pénal suisse ne le permet pas. Et les tribunaux suisses n'ont pas pu combler cette lacune. (...) »* (page **123/139** de l'arrêt).

Ce n'est pas tant le **concept de répression du négationnisme** qui fait difficulté aux yeux de **Madame NUSSBERGER**, que son **extension**, au regard de l'exigence de **sécurité juridique**. Dans une Société démocratique, les **destinataires de la norme** doivent pouvoir déterminer rapidement quel comportement est prohibé. Le législateur national s'oblige, dans cette perspective, à **mettre en balance** les **droits concurrents** garantis respectivement par l'article **8** (**droit au respect de la vie privée** comprenant le **droit à la protection de la dignité**) et **10** (**droit à la liberté d'expression**) de la **Convention européenne des droits de l'homme** :

*« Dans un domaine aussi sensible, il ne peut suffire de légiférer sur des **droits concurrents** dans l'**abstrait** sans se référer aux **cas historiques précis**. »* (page **125/139** de l'arrêt).

C'est reposer, à nouveaux frais, la lancinante question de l'**incrimination par référence**, dans la lutte contre le négationnisme, qui est au cœur du débat que les requérants ont porté devant les plus hautes juridictions nationales et internationales, en demandant la transposition de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

En définitive, si la (faible) majorité a, d'une courte tête, confirmé l'arrêt de la Chambre du 17 Décembre 2013, c'est qu'elle a estimé que la **Suisse** – qui **n'est pas membre de l'Union européenne** et ne pouvait pas, à ce titre, se prévaloir d'une **obligation supranationale** de légiférer en ce domaine - n'avait pas établi l'existence d'un **besoin social impérieux** l'obligeant à rendre **pénalement** punissable la **négation** du **Génocide Arménien** dont PERINCEK s'est rendu l'auteur :

« (...)

280. *Au vu de l'ensemble des éléments analysés ci-dessus – à savoir que les propos du requérant se rapportaient à une **question d'intérêt public** et **n'étaient pas assimilables à un appel à la haine ou à l'intolérance**, que le **contexte** dans lequel ils ont été tenus n'était pas marqué par de fortes tensions ni par des antécédents historiques particuliers en Suisse, que les propos ne pouvaient être regardés comme ayant attenté à la dignité des membres de la communauté arménienne au point d'appeler une **réponse pénale en Suisse**, qu'aucune **obligation internationale** n'imposait à la Suisse de criminaliser des propos de cette nature, que les tribunaux suisses apparaissent avoir censuré le requérant pour avoir exprimé une **opinion divergente de celles ayant cours en Suisse**, et que l'ingérence a pris la **forme grave d'une condamnation pénale** –, la Cour conclut qu'**il n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, de condamner pénalement** le requérant afin de protéger les droits de la communauté arménienne qui étaient en jeu en l'espèce. (...) »*

Cette **assertion contestable**, qu'une **forte minorité** de la Grande Chambre ne partage pas, comme susdit, ne signifie ni que la **Cour européenne des droits de l'homme** accrédite la thèse négationniste du requérant, ni qu'un tel comportement puisse demeurer sans sanction.

La Grande Chambre reconnaît, en effet, aux Etats une **marge d'appréciation** dès lors que leurs organes législatifs et juridictionnels procèdent à une **mise en balance** des droits concurremment garantis par la Convention (§§ 198, 199, 274).

La majorité - **sans légitimité** eu égard à la présence en son sein d'un juge (**Helen KELLER**, juge au titre de la Suisse) dont la **partialité** est **objectivement constatable pour avoir déjà connu de l'affaire jugée par la Chambre en première instance** - a, au prix, cependant, d'une **appréciation particulièrement bienveillante** du comportement de PERINCEK, cru pouvoir évincer le choix de l'Etat helvétique de recourir à la **législation pénale** dans le **but légitime** de procurer une protection efficace à la dignité des victimes de crimes contre l'humanité.

La **Cour européenne des droits de l'homme** a, dans cet ordre d'idées, récemment jugé que relève d'un **choix de société** « *la question de l'acceptation ou non du **port du voile intégral dans l'espace public*** » (**CEDH, Grande Chambre, 1er Juillet 2014, AFFAIRE S.A.S. c. FRANCE** - Requête no 43835/11, § 153), la France jouissant, en l'occurrence, d'une large « **marge d'appréciation** » faisant apparaître « *l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 (...) proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « **vivre ensemble** » en tant qu'élément de la « **protection des droits et libertés d'autrui** ».* (*ibid.*, § 157).

C'est, au demeurant, en vertu de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008, une obligation notamment **supranationale** pour les vingt-huit Etats membres de l'Union, de rendre pénalement punissable le **négationnisme** dès lors qu'il comprend **l'incitation à la haine** ou à la **violence**, comportement en présence duquel tout « *vivre ensemble* » est impossible.

La **minorité dissidente** n'a pas eu de mal non plus à réfuter les **critères géographique, historique et temporel** utilisés par la majorité pour prétendre faire une **distinction injustifiée** entre les **crimes nazis** qui seraient incontestables et dont la remise en cause – fût-elle scientifique - devrait nécessairement être pénalement sanctionnée, d'une part, et les **autres crimes contre l'humanité** qui resteraient soumis au libre débat historique et dont la négation ne pourrait être pénalement réprimée qu'à certaines conditions, que la législation suisse n'aurait pas remplies, en l'espèce.

Ces critères qui introduisent **artificiellement** un facteur de **contingence** dans une problématique à laquelle préside la **nécessité**, sont **radicalement incompatibles** avec la **dimension universaliste des normes de protection des droits de l'homme**:

*« 6. Au-delà de cet aspect, il nous semble que la méthodologie suivie par la majorité est, ici et là, problématique. Il en va ainsi notamment des « facteurs géographiques et historiques », plus amplement développés aux paragraphes 242 à 248 de l'arrêt. Minimiser l'importance des propos du requérant en essayant de les cantonner géographiquement conduit à relativiser sérieusement la portée universelle et erga omnes des droits de l'homme, qui constitue la quintessence de leur acception contemporaine. En effet, ainsi qu'il a été affirmé avec force par l'Institut de droit international, l'obligation pour les États d'assurer le respect des droits de l'homme est une **obligation erga omnes** ; « elle incombe à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout État a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme » (Résolution sur « la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États », Annuaire de l'Institut de droit international, 1989, vol. II, p. 341, article 1er). Dans le même ordre d'idées, la Déclaration et le programme d'action de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme énonce que « la promotion et la protection de tous les droits de l'homme sont une préoccupation légitime de la communauté internationale » (ONU, documents officiels, A/CONF/123, par. 4, 1993).*

*7. Il est évident que **cette approche universaliste contraste avec celle de la majorité dans le présent arrêt**. Si l'on voulait tirer toutes les conséquences logiques de l'approche géographiquement cantonnée qui semble être celle de la majorité, on pourrait penser que la négation en Europe de génocides commis dans d'autres continents, comme par exemple du génocide rwandais ou de celui perpétré par les Khmers rouges au Cambodge serait protégée par la liberté d'expression sans aucune limite ou presque. Il ne nous paraît pas qu'une telle vision reflète les valeurs universelles qui sont consacrées par la Convention. (pages **127-128/139** de l'arrêt, §§ **6 et 7**).*

Un **génocide**, comme tout autre **crime contre l'humanité**, il importe de le rappeler, relève du **JUS COGENS** (droit contraignant, opposé à *jus dispositivum*), « *norme impérative de Droit international général, porteuse d'une valeur universelle d'intérêt vital ; plus précisément (a. 53, conv. de Vienne sur le droit des traités), règle acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble comme une norme 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.* »

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige 10° édition Janvier 2014, v° JUS, JURIS, p. 591).

Le mérite de l'arrêt qui vient d'être rendu, apprécié à l'aune de la **dialectique** qu'introduisent les **opinions dissidentes** (« *la lutte du vrai contre lui-même* » - **Ernest RENAN**), est, donc, de réduire un peu plus la marge étroite du propos négationniste, de même qu'il révèle la **faiblesse de la thèse comparatiste** qui conduit à créer une **discrimination** entre crimes contre l'humanité.

La **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** ne s'y est pas trompée dans son **arrêt spectaculaire** du 06 Octobre 2015, par laquelle elle a, pour la première fois, renvoyé au **Conseil constitutionnel** la **question prioritaire de constitutionnalité** de l'article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse (**Loi Gayssot**) aux motifs que cette disposition « *qui incrimine la seule contestation des crimes contre l'humanité définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis, soit par des membres d'une organisation criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, est susceptible de créer une inégalité devant la loi et la justice ; (...)* » (**Cass. Crim.** arrêt n° 4632 du 06 Octobre 2015 – pourvoi n°15-84.335).

En outre, la présence problématique – bien que conforme à la Convention (art. **26 §§ 4 et 5**) et au Règlement de la Cour (art. **24 § 2 d**)) - au sein de la Grande Chambre du **juge Helen Keller**, qui avait fait partie de la majorité signataire de l'arrêt de Chambre du 17 Décembre 2013, est contraire au **principe universel de l'impartialité absolue** qui préside à la définition de toute juridiction.

Sa voix doit, partant, être décomptée des dix qui se sont prononcées en faveur du constat de violation de l'article **10** de la Convention.

Quant à la juge **Angelika NUSSBERGER**, comme susdit, elle a considéré qu'il n'y avait pas violation **matérielle**, mais seulement **procédurale** de ce texte (méconnaissance du **principe de légalité des délits et des peines**).

Dans ces conditions, sous l'angle du **droit à un procès équitable** (art. **6 CEDH**), la **majorité n'en est plus une. Huit juges sur seize** (et non plus dix-sept) disent que le **Génocide Arménien** en est bien un et qu'il y a **nécessité** de punir **pénalement** sa négation, dans le respect du **principe de la légalité criminelle**.

La portée négative de l'arrêt écrit par la majorité est, partant, limitée au cas précis de la **législation suisse** de lutte contre le négationnisme appliquée aux propos proférés en **2005**, par Dogu PERINCEK, sur le **territoire suisse**.

Cette décision n'est certainement pas un blanc-seing aux négationnistes et rien ne dit que s'ils étaient réitérés à l'avenir, de tels propos laisseraient les tribunaux européens indifférents.

A l'inverse, par un savant dosage, la **Cour européenne des droits de l'homme** invite à un examen au cas par cas, selon les comportements en cause et la législation nationale qui leur est applicable.

On peut même soutenir, eu égard au **statut éminent** de leurs auteurs, que les **opinions dissidentes** du 15 Octobre 2015 constituent le fondement des prochaines décisions à intervenir.

Il ne reste, en définitive, qu'à tirer les enseignements de cet arrêt :

1°) pour la **Suisse**, seule visée par le **dispositif** de l'arrêt, réécrire l'article **261 bis** de son Code pénal, en indiquant **clairement** et **précisément** (au besoin **en les nommant**, comme le fait ma proposition de loi française du 16 Décembre 2012 publiée sur le site www.philippekrikorian-avocat.fr) les **génocides, crimes contre l'humanité** et **crimes de guerre** dont la négation publique est pénalement répréhensible : définition en **extension, par liste (dénotation)** ou en **compréhension, par caractères (connotation)** ;

2°) pour la **France**, **transposer adéquatement** la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008, c'est dire à l'exclusion du **paragraphe 4** de son article **1er** qui réduit illicitement le champ d'application de cette **norme supranationale à vocation universelle**.

A cette **transposition** incite fortement l'arrêt que vient de rendre la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** (**Cass. Crim.** arrêt n° 4632 du 06 Octobre 2015 – pourvoi n°15-84.335) qui voit, à juste raison, dans l'actuel article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse une « *inégalité devant la loi et la justice* ».

S'il suit la logique qu'il imprime à sa très récente jurisprudence (**CC, décision n°2015-492 QPC** du 16 Octobre 2015 – Association Communauté rwandaise de France) et s'il prend en considération la **Déclaration d'Interlaken** du 19 Février 2010, spécialement l'article **A, 4, c)** du **Plan d'Action**, adoptée par la **Conférence de haut niveau** (« *tenir compte des développements de la jurisprudence de la Cour, notamment en vue de considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre Etat partie lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe* ; », le **Conseil constitutionnel** devra censurer la **loi Gayssot** (article **24 bis** de la loi du 29 Juillet 1881) :

1°) en ce qu'elle crée un **délit de négationnisme** constitué par le seul fait de **contester** « *l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité* », sans que la **mise en discussion** du crime contre l'humanité s'accompagne nécessairement d'**incitation à la haine ou à la violence**, alors que l'article **1er § 1 c) et d)** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 exige que « *le comportement (soit) exercé d'une manière qui **risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe.*** » ;

2°) exclut de son champ d'application les « **crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale** », expressément visés par l'article **1er, § 1, c)** de la décision-cadre.

Comme il s'en reconnaît lui-même le pouvoir, le **Conseil constitutionnel** peut, en application de l'article **62, alinéa 2** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, différer les effets de l'abrogation qu'il prononce (v. pour un exemple récent, **CC, décision n°2015-492 QPC** du 16 Octobre 2015 – Association Communauté rwandaise de France, précitée).

Il sera loisible, dans ces conditions, au **Conseil constitutionnel** – après avoir adressé à la **Cour de justice de l'Union européenne** les **demandes de décisions préjudicielles**, - d'impartir au **législateur** un délai raisonnable (six mois ou un an) lui permettant de se conformer aux prescriptions de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008, qui sont équivalentes aux exigences de la **Convention européenne des droits de l'homme**, sous l'angle notamment de l'équilibre à réaliser entre la **protection de la dignité humaine (article 8)** et la **liberté d'expression (article 10)**.

C'est donc à la recherche de ce **subtil équilibre** que le **Parlement français** doit, désormais, se consacrer.

Incontestablement, l'arrêt rendu le 15 Octobre 2015 par la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** fera date. Il s'inscrit admirablement dans le travail de commémoration du **centenaire du Génocide Arménien**.

Cette grande décision est emblématique de l'impossibilité juridique d'effacer un **crime contre l'humanité** de la **mémoire des consciences libres**. Il s'agit d'une **tache indélébile** marquant à jamais l'histoire des hommes.

Un siècle après, les **1 500 000 victimes innocentes arméniennes** témoignent, encore, de la réalité et de l'actualité de ce **crime de lèse-Humanité**.

Qu'il reconnaisse prochainement le **Génocide Arménien** ou qu'il persiste dans le déni, l'Etat turc n'empêchera pas, en toute hypothèse, la pénalisation de sa négation sur tout le territoire de l'Union.

Il ne pourra, en conséquence, être tiré de l'arrêt de Grande Chambre du 15 Octobre 2015 aucun élément de droit ou de fait susceptible de contrarier la **transposition adéquate** de la **décision-cadre** précitée du 28 Novembre 2008, qu'imposent en France tant la **norme suprême (article 88-1 de la Constitution du 04 Octobre 1958)**, que le **droit de l'Union européenne**.

*

Les **juges PINTO DE ALBUQUERQUE** et **VUCINIC** concluaient leur **opinion dissidente**, jointe à l'arrêt de Chambre du 17 Décembre 2013, de la façon suivante :

« (...)

Conclusion

29. *Dans une interview accordée à CBS en 1949 et disponible sur internet, Raphael Lemkin, qui est l'inventeur du terme « génocide » et l'inspirateur de la Convention sur le génocide, a dit ceci : « J'ai commencé à m'intéresser au génocide parce qu'il était arrivé aux Arméniens et que leur sort a été totalement ignoré à la Conférence de Versailles : leurs bourreaux étaient coupables de génocide, et ils n'ont pas été punis. » Depuis plusieurs décennies, les meurtres massifs planifiés, la torture systématique et la déportation organisée du peuple arménien et l'éradication préméditée de la chrétienté en Turquie qui ont eu lieu au début du XXe siècle sont considérés comme un «**génocide oublié** ». Mais les auteurs de la présente opinion ne l'oublent pas. Nous estimons donc que l'incrimination de la négation du génocide et la sanction infligée au requérant, en pleine conformité avec le droit en vigueur dans l'État défendeur, pour avoir nié l'existence du génocide des Arméniens, n'ont pas emporté violation de l'article 10 de la Convention. »*

(CEDH, 17 Décembre 2013, **AFFAIRE PERİNÇEK c. SUISSE** - Requête no 27510/08 – opinion en partie dissidente des **juges Paulo Pinto de Albuquerque** et **Nebojša Vučinić** - pages 79-80/80, § 29).

Vingt-deux mois plus tard, **sept**, ou même, **huit autres juges internationaux** viennent reconnaître la **réalité incontestable du Génocide Arménien**.

Le **Président SPIELMANN** et les **autres juges dissidents** auront, ainsi, en signant une **déclaration historique**, restauré la **dignité du Peuple arménien** et sauvé, par la même occasion, l'**honneur de la Cour européenne des droits de l'homme**. Celle-ci, au bénéfice d'un **puissant mécanisme logique** qu'inspire la **Raison universelle** et utilisé par la **minorité consciente**, s'acquitte de la **dette de civilisation** qu'elle a contractée en acceptant de traiter au fond les demandes d'un négationniste assumé.

Des « **considérations élémentaires d'humanité** » - pour reprendre la formule utilisée par la **Cour Internationale de Justice** dans l'affaire du **détroit de Corfou (CIJ, 09 Avril 1949)**, commandaient, en effet, aux fins que ce mot conserve un sens commun, que des juges investis de l'autorité irréprochable que leur confèrent leurs hautes fonctions, s'élevassent contre une **tentative abusive et persistante**, au **XXI^e siècle**, de la part d'un Etat et de ses zéloteurs, de **falsifier l'histoire**, entreprise **délétère** constitutive d'un **trouble manifeste à l'ordre public international**.

Il en va, ainsi, de la **crédibilité**, dans son ensemble, du **système de protection internationale des droits de l'homme**.

« **Comment sortir vainqueur d'une défaite** », chanté par **Charles AZNAVOUR** dans « **Mourir d'aimer** », pourrait être la conclusion de cette procédure européenne.

.../...

L'arrêt de **Grande Chambre** du 15 Octobre 2015 recèle, en effet, une **vérité paradoxale** que révèle la publication des **opinions dissidentes** qui y sont annexées « *conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement* », quant à la **réalité incontestable** du **Génocide Arménien**.

L'**opinion dissidente** est étymologiquement **paradoxale** : elle est **contraire** à l'opinion majoritaire. Elle s'oppose à la majorité comme le **yin** (principe taoïste de la **passivité**) s'accouple au **yang** (**activité**).

Minoritaire ne signifie pas qu'elle est fautive : « *La société démocratique s'appuie plus sur la raison que sur l'autorité des institutions.* »

(**Christian WALTER**, *Assistant à la Cour constitutionnelle d'Allemagne, deuxième Sénat - La pratique des opinions dissidentes en Allemagne, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 8 - Dossier : Débat sur les opinions dissidentes*) - **Juillet 2000**).

Loin d'affaiblir l'autorité de chose jugée, l'opinion dissidente remplit une fonction juridictionnelle essentielle : **actualiser les potentialités juridiques** que la majorité des juges n'a pas voulu explorer.

Le **Doyen CARBONNIER** a raison :

« *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* » (*Le silence et la gloire*, Dalloz 1951, chr. XXVIII).

(v. article de **Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 17 Octobre 2015, *Eloge de la dissidence*, publié sur le site internet www.philippekrikoriant-avocat.fr).

En l'occurrence, les protagonistes de cette **affaire internationale hors du commun** auront contribué, à différents degrés, certains volontairement, d'autres à leur corps défendant, dans une **parfaite dialectique**, à faire jaillir la **vérité** des **ténèbres** de la **haine**, du **racisme** et de la **xénophobie**.

*

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).

*

.../...

II-/ DISCUSSION

Ni le **bien-fondé (II-B)** de la présente **demande d'intervention volontaire sur question prioritaire de constitutionnalité**, ni sa **recevabilité (II-A)**, ne sont sérieusement contestables.

II-A/ LA RECEVABILITE DE LA DEMANDE D'INTERVENTION VOLONTAIRE

L'**intérêt spécial** exigé des intervenants volontaires (**II-A-1**) s'analyse, en l'espèce, en **intérêt moral (II-A-2)**.

II-A-1/ L'INTERET SPECIAL A INTERVENIR DE MONSIEUR ET MADAME GREGOIRE KRIKORIAN ET DES AUTRES REQUERANTS

Selon l'article **6, alinéa 2** de la **Décision** du 04 Février 2010, Portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, dans sa dernière rédaction issue de la **décision 2013-128 ORGA** du 22 Novembre 2013 (JORF 24 Novembre 2013, p. 19106, @ 41) :

*« Lorsqu'une personne justifiant d'un **intérêt spécial** adresse des **observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité** avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1er et mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que **l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1er**. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission. »*

Les requérants répondent aux conditions du texte précité dès lors qu'ils justifient d'un **intérêt spécial** leur permettant d'intervenir dans l'instance **n°2015-512 QPC**.

Celui-ci s'apprécie aisément dans leur **volonté légitime** d'assurer à la **mémoire de leurs ascendants** le respect dû aux **victimes d'un crime contre l'humanité**.

II-A-2/ LE REFUS IMPLICITE OU EXPLICITE DE PRENDRE LE DECRET DE PRESENTATION AU PARLEMENT DU PROJET DE LOI DE TRANSPOSITION DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008 PREJUDICIE GRAVEMENT AUX INTERETS MORAUX DE MONSIEUR ET MADAME GREGOIRE KRIKORIAN ET DES AUTRES REQUERANTS, QUI ONT DONC BIEN QUALITE A AGIR

391. Il convient de rappeler, avec la Doctrine que « conformément au concept d'ordre public, la Cour [Internationale de Justice] annonce la possibilité d'une 'actio popularis' lorsque les normes violées sont des normes de jus cogens (...) » (**Professeurs Patrick DAILLIER et Alain PELLET** in Droit International Public, L.G.D.J. 2002, § 125, p. 203 – annexe IV-9).

392. Ceci indique que **toute personne humaine** pourrait se plaindre du traitement réservé par l'exécutif français aux descendants des victimes du Génocide Arménien et de l'Esclavage véritables **crimes de lèse-Humanité** - et se porter requérant devant le juge national pour solliciter la réparation d'un préjudice moral qui peut donner lieu à réparation au même titre que le dommage matériel (CJCE 12 Juillet 1957, Algera, aff. jointes 7/56 et a. 81).

393. Cependant, les requérants apparaissent comme des plaignants privilégiés, à cet égard.

394. Il y a lieu, seulement, en effet, de rappeler, d'une part, que comme leur nom l'indique, **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** sont tous deux d'**ascendance arménienne directe** (le suffixe « IAN » ou « ANTZ » désignant en **arménien, langue indo-européenne**, l'appartenance à la famille dénommée par le radical ; ainsi **KRIKORIAN** signifie de la famille de **KRIKOR (GREGOIRE)**, de même que **TATOYAN** dénote un sujet appartenant à la famille de **TATEOS (THADEE)**).

395. D'autre part, plusieurs membres des familles respectives de **Monsieur Grégoire KRIKORIAN** et **Madame Suzanne TATOYAN épouse KRIKORIAN** dont leurs ascendants directs, **Monsieur Atam KRIKORIAN** né à **KEMAKH (Asie Mineure)** en 1879, **Madame Takouie PILOYAN**, son épouse née à **Adana (Asie Mineure)** en 1900 d'une part, et **Monsieur Dikran TATOYAN** né en 1907 à **KHARPOUT (Asie Mineure)** et son épouse **Madame Vaskanouch SAMOUELIAN** née en 1905 à **KEGHI (Asie Mineure)** (v. cartes nationales d'identité et livrets de famille respectifs – annexes I-10 à I-11) sont **rescapés du Génocide de 1915**, marqués à vie par la vision du massacre de leurs proches sous leurs yeux dans les conditions abominables décrites plus haut (v. § I-A).

396. Il n'est, ainsi, pas sérieusement contestable que **Monsieur Grégoire KRIKORIAN**, et son épouse **Madame Suzanne KRIKORIAN**, membres de la communauté arménienne de France et descendants de rescapés du Génocide Arménien subissent directement, comme les autres requérants, du fait du comportement de l'exécutif français refusant de tirer les conséquences politiques et juridiques de la **résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987**, de la **loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001** et de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008** en ce qui concerne la **protection juridictionnelle contre le négationnisme** organisé et propagé notamment par l'Etat turc contemporain et ses zéloteurs, **un préjudice moral**.

397. On peut observer, en outre, que la Cour de Luxembourg a déclaré **recevables** des actions tendant à faire constater la responsabilité extracontractuelle de la Communauté, sans que la réparation du dommage, d'ailleurs non encore déterminé dans son étendue, soit demandé par les requérants (*CJCE 6 Décembre 1984, Biovilac c/ Conseil et Commission*, aff. 59/83 : Rec. p. 4057 ; *29 Janvier 1985, Binderer*, aff. 147/83 : Rec. p. 257 ; *14 Janvier 1987, Zuckerfabrik Bedburg*, aff. 281/84 : Rec ; p.49).

398. Selon la Cour, il suffit, en effet, que les dommages soient « *imminents et prévisibles avec une certitude suffisante* » (*CJCE 2 Juin 1976, Kampffmeyer c/ Conseil et Commission*, aff. 56 à 60/74 : Rec. p. 711), le raisonnement pouvant être aisément transposé à la responsabilité des Etats membres.

399. Il serait, dans cet ordre d'idées, **absurde et contraire** à l'article **16 DDH** consacrant la garantie des droits et le **droit à une protection juridictionnelle effective** de reconnaître dans le principe **l'obligation de l'Etat de transposer une directive ou une décision-cadre**, comme en l'espèce (v. § II-C), avant de décider qu'aucun bénéficiaire de la décision-cadre – en l'occurrence les personnes, comme les requérants, pouvant légitimement réclamer le bénéfice d'une protection juridictionnelle effective contre le négationnisme – ne sera admis à se plaindre par la voie contentieuse d'un défaut de transposition.

400. Une telle conception – qu'au demeurant aucune jurisprudence ne valide – serait manifestement étrangère à celle d'un **Etat de droit**.

401. Les requérants ont, partant, **intérêt et qualité à agir pour réclamer réparation**, de même que dénoncer **l'illégalité** du comportement de l'Etat français en cause et demander **l'adoption de mesures législatives propres à donner effet** aux engagements contractés par la France aux termes de sa **norme fondamentale nationale**, de même qu'en vertu du **droit de l'Union européenne** et des **traités internationaux pertinents, normes supranationales**.

*

De plus, le présent **mémoire portant observations en intervention volontaire** est présenté **avant le 30 Octobre 2015, 12h00**, date limite fixée par le **Conseil constitutionnel**.

Sa **recevabilité** n'est, dès lors, pas sérieusement contestable.

Son **bien-fondé** ne fait pas davantage difficulté.

.../...

II-B/ LE BIEN-FONDE DE LA DEMANDE D'INTERVENTION VOLONTAIRE DE MONSIEUR ET MADAME GREGOIRE KRIKORIAN ET DES AUTRES REQUERANTS : L'ARTICLE 24 BIS DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881 SUR LA LIBERTE DE LA PRESSE PORTE ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTES QUE LA CONSTITUTION GARANTIT

S'il suit la logique qu'il imprime à sa très récente jurisprudence (**CC, décision n°2015-492 QPC** du 16 Octobre 2015 – Association Communauté rwandaise de France) et s'il prend en considération la **Déclaration d'Interlaken** du 19 Février 2010, spécialement l'article **A, 4, c)** du **Plan d'Action**, adoptée par la **Conférence de haut niveau** (« *tenir compte des développements de la jurisprudence de la Cour, notamment en vue de considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre Etat partie lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe* »), le **Conseil constitutionnel** devra **censurer la loi Gayssot** (article **24 bis** de la loi du 29 Juillet 1881) :

1°) en ce que, comme le suggère fortement l'arrêt de renvoi de la **Chambre criminelle** en date du 06 Octobre 2015, elle est **discriminatoire** en excluant de son champ d'application les « *crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale* », expressément visés par l'article **1er, § 1, c)** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 ;

2°) en ce qu'elle est **attentatoire à la liberté d'expression** en créant un **délit de négationnisme** constitué par le seul fait de **contester** « *l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité* », sans que la **mise en discussion** du crime contre l'humanité s'accompagne nécessairement d'**incitation à la haine ou à la violence**, alors que l'article **1er § 1 c) et d)** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 précitée exige que « *le comportement (soit) exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe.* » ;

Comme il s'en reconnaît lui-même le pouvoir, le **Conseil constitutionnel** peut, en application de l'article **62, alinéa 2** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, différer les effets de l'abrogation qu'il prononce (v. pour un exemple récent, **CC, décision n°2015-492 QPC** du 16 Octobre 2015 – Association Communauté rwandaise de France, précitée).

Il sera loisible, dans ces conditions, au **Conseil constitutionnel** – après avoir adressé à la **Cour de justice de l'Union européenne** les **demandes de décisions préjudicielles**, formulées par les requérants - d'impartir au **législateur** un délai raisonnable (six mois ou un an) lui permettant de se conformer aux prescriptions de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008, qui sont équivalentes aux exigences de la **Convention européenne des droits de l'homme**, sous l'angle notamment de l'équilibre à réaliser entre la **protection de la dignité humaine** (article **8**) et la **liberté d'expression** (article **10**).

C'est donc à la recherche de ce **subtil équilibre** que le **Parlement français** doit, désormais, se consacrer.

**II-B-1/ LE DROIT A ETRE PROTEGE CONTRE LE NEGATIONNISME
PAR LA LOI PENALE : LA FORCE JURIDIQUE CONTRAIGNANTE DE LA
DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008**

477. C'est l'objet même de la **décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil** du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (JOUE 06 Décembre 2008, L. 328/55), arrêtée sur le fondement des articles **29, 34, paragraphe 2, point b) TUE ancien**, de l'article **35 TUE ancien** et des articles **9 et 10, paragraphe 1** du **Protocole n°36 sur les dispositions transitoires** annexé au **Traité de Lisbonne (Titre VII – Dispositions transitoires relatives aux actes adoptés sur la base des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne)** combinés, ci-après reproduits:

Article **29** du **Traité UE ancien** (version consolidée du **Traité de MAASTRICHT** du 07 Février 1992) :

*« Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un **espace de liberté, de sécurité et de justice**, en élaborant une **action en commun** entre les Etats membres dans le domaine de la **coopération policière et judiciaire en matière pénale**, en **prévenant le racisme et la xénophobie** et en **luttant contre ces phénomènes**.*

(...) »

Art. **34, § 2, b) TUE ancien**:

« (...)

*2. Le **Conseil**, sous la forme et selon les procédures appropriées indiquées dans le présent titre, prend des mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union. A cet effet, il peut, **statuant à l'unanimité** à l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission :*

(...)

*b) arrêter des **décisions-cadres** aux fins du **rapprochement des dispositions législatives et réglementaires** des Etats membres. **Les décisions-cadres lient les Etats membres quant au résultat à atteindre**, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elles ne peuvent entraîner d'effet direct ;*

(...) »

Art. **35 TUE ancien**:

*« 1. La **Cour de justice des Communautés européennes** est **compétente**, sous réserve des conditions définies au présent article, pour **statuer à titre préjudiciel** sur la **validité et l'interprétation des décisions-cadres** et des décisions, sur l'interprétation des conventions établies en vertu du présent titre, ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application.*

*2. Tout Etat membre peut, par une déclaration faite au moment de la signature du traité d'Amsterdam, ou à tout autre moment postérieur à ladite signature, **accepter la compétence de la Cour de justice** pour statuer à titre préjudiciel dans les conditions définies au paragraphe 1.*

3. Un Etat membre qui fait une déclaration au titre du paragraphe 2 indique que:

a) soit toute juridiction de cet Etat dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement;

b) soit **toute juridiction de cet Etat** a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement.

(...) »

Art. 9 du **Protocole n°36 sur les dispositions transitoires**, annexé au Traité de Lisbonne:

« **Les effets juridiques des actes des institutions, organes et organismes de l'Union adoptés sur la base du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont préservés** aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application des traités. Il en va de même des conventions conclues entre les Etats membres sur la base du traité sur l'Union européenne. »

Art. 10 du **Protocole n°36 sur les dispositions transitoires**, annexé au Traité de Lisbonne:

« 1. A titre de mesure transitoire, et en ce qui concerne les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les attributions des institutions sont les suivantes à la date d'entrée en vigueur dudit traité: les attributions de la Commission en vertu de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne seront pas applicables et les attributions de la **Cour de justice de l'Union européenne** en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne, dans sa version en vigueur avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, **restent inchangées, y compris lorsqu'elles ont été acceptées conformément à l'article 35, paragraphe 2, dudit traité sur l'Union européenne.**

(...) »

478. Précisément, selon la **déclaration** annexée au **décret n°2000-668 du 10 Juillet 2000** portant publication de la déclaration de la France pour la mise en oeuvre de l'article 35 du traité sur l'Union européenne, faite à Paris le 14 mars 2000 (JORF 19 Juillet 2000), la **France a accepté** « **la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes selon les modalités prévues à l'article 35, paragraphe 3, point b.** »

479. Il résulte de la combinaison des textes précités que les juridictions françaises, notamment le **Conseil d'Etat** et la **juridiction judiciaire**, étaient **parfaitement habilitées et compétentes** aux fins de poser à la **Cour de justice** la **question préjudicielle** notamment de la **validité** de l'article 1er, **paragraphe 4** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, question hautement pertinente pour la solution du litige au principal dès lors qu'ainsi le juge la **CJUE**, concernant la transposition de directives, dont le régime juridique est voisin de celui des décisions-cadres qui toutes **lient les Etats membres quant au résultat à atteindre**:

.../...

« *l'adoption de mesures nationales visant à transposer une directive dans l'ordre juridique (national) peut être subordonnée à la condition que cette directive soit valide (voir arrêt British American Tobacco – Investments – et Imperial Tobacco, précité, point 37)* » (CJCE, Grande Chambre, 03 Juin 2008, Intertanko, n°C-308/06, point 34).

480. En l'occurrence, il est patent que la **question préjudicielle** de la validité de l'article **1er, paragraphe 4** de la **décision-cadre** conditionne la bonne transposition de cet acte en droit interne, c'est dire dans le respect du droit de l'Union européenne.

481. La CJUE juge, à cet égard, que « *le renvoi préjudiciel en appréciation de la validité constitue, au même titre que le recours en annulation, une modalité du contrôle de la légalité des actes communautaires. Par ses articles 230 CE et 241 CE, d'une part, et par son article 234 CE, d'autre part, le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire (voir arrêts du 23 avril 1986, Parti écologiste 'Les verts'/Parlement, 294/83, Rec. p. 1339, point 23; Foto-Frost, précité, point 16, et du 25 juillet 2002, Union de Pequeños Agricultores, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, point 40). (...)* »

(CJUE, 06 Décembre 2005, Gaston Schul Douane-expediteur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselwaliteit, aff. C-461/03, point 22)

et dit pour droit, à cette occasion:

« *1) L'article 234, troisième alinéa, CE impose à une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de saisir la Cour de justice d'une question relative à la validité de dispositions d'un règlement même lorsque la Cour a déjà déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un règlement comparable. (...)* »

482. Il est nécessaire de rappeler, ici, le **principe de primauté** du droit de l'Union, comme l'a fait la « *conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de lisbonne signé le 13 décembre 2007* :

« 17. Déclaration relative à la primauté

La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités **priment le droit des États membres**, dans les conditions définies par ladite jurisprudence.

En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 (JUR 260):

«Avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007

Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, Costa contre ENEL (1)), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas

.../...

actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice.».

(1) «Il [en] résulte (...) qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même.»

483. On doit relever, aussi, que la présente problématique prend corps dans **l'espace de liberté, de sécurité et de justice** régi par le Titre V du TFUE dont l'article 67 stipule :

« 1. L'Union constitue un **espace de liberté, de sécurité et de justice** dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres.

2. Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers.

3. L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des **mesures de prévention** de la criminalité, **du racisme et de la xénophobie**, ainsi que de **lutte contre ceux-ci**, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, **par le rapprochement des législations pénales**.

4. L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile. »

484. Comme susmentionné, c'est en application des articles 29, 31 et 34, **paragraphe 2, point b)** du Traité sur l'Union européenne (ancien) qu'elle vise en tête, qu'a été adoptée la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008.

485. Cette **décision-cadre** a été **expressément maintenue en vigueur** par l'article 9 du **Protocole n°36 sur les dispositions transitoires** (TITRE VII - DISPOSITIONS TRANSITOIRES RELATIVES AUX ACTES ADOPTÉS SUR LA BASE DES TITRES V ET VI DU TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE AVANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU TRAITÉ DE LISBONNE) :

Article 9

« *Les **effets juridiques** des actes des institutions, organes et organismes de l'Union adoptés sur la base du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont préservés aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application des traités. Il en va de même des conventions conclues entre les États membres sur la base du traité sur l'Union européenne.* »

486. La **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 doit, donc, depuis le 1er Décembre 2009, date de l'entrée en vigueur du **Traité de Lisbonne**, être exécutée par les Etats membres, sous le contrôle de la Cour de justice, en application de l'article **67 TFUE**.

487. Or, l'article **1er** de la **décision-cadre** – qui est **contraignante dans son résultat, en vertu de l'article 34 TUE ancien** - est sans ambiguïté quant au contenu de la norme exprimée en termes **précis et inconditionnels** :

« Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les actes intentionnels ci-après soient punissables (...) »

488. Cette **décision-cadre** a :

1°) pour **destinataires**, les **Etats membres** à qui elle fait obligation de procurer aux justiciables de l'Union une **protection juridictionnelle effective**, par le droit pénal, contre le **négationnisme** qu'elle range résolument dans le registre du **racisme** et de la **xénophobie** ;

2°) pour **bénéficiaires**, les victimes de négationnisme, à l'instar des requérants.

489. De l'**effet contraignant** quant au **résultat à atteindre** (« *faire en sorte que* »), on tire qu'**aucune marge de manoeuvre** n'est laissée aux Etats membres qui ne peuvent pas apprécier la nécessité d'une législation pénale de lutte contre le négationnisme, puisque cette décision a été prise **irrévocablement** et **à l'unanimité** par le Conseil de l'Union, le 28 Novembre 2008.

490. On ne saurait, dès lors, tolérer, au regard du **principe de primauté** du droit de l'Union, qu'un Etat membre, comme la France, puisse prétendre s'affranchir de l'obligation de transposer la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 et, de surcroît, refuse toute protection juridictionnelle aux requérants se plaignant légitimement de cette carence manifestement illicite.

491. On sait, à ce propos que « **Le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective** ».

C'est en ces termes que s'exprime la Cour de justice dans l'arrêt **UNIBET** :

« (...) 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 États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect de ce droit (arrêt Unión de Pequeños Agricultores/Conseil, précité, point 41).

43 À 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 Cornet, points 13 à 16;

.../...

Peterbroeck, point 12; Courage et Crehan, point 29; Eribrand, point 62, ainsi que Safalero, point 49).

(...) »

(**CJUE Grande Chambre, 13 Mars 2007, UNIBET, C-432/05**)

492. Par cet arrêt, la Cour de justice a estimé que la législation suédoise n'encourait pas le grief d'atteinte à une protection juridictionnelle effective, dès lors qu'elle ouvrait aux sociétés requérantes la possibilité :

- d'une **demande en réparation** devant les juridictions de droit commun (*ibid.*, point **56**) ;

- « d'un **contrôle juridictionnel** exercé par le Regeringsrätten, dans le cadre duquel Unibet pourrait faire valoir la non-conformité des dispositions de la loi sur les loteries avec le droit communautaire » (arrêt UNIBET, point **60**).

493. Toute différente est la présente problématique dès lors que, comme susdit, loin de combattre des sanctions encourues par l'application d'une législation nationale, l'action des requérants tend à obtenir, par la transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, un **juste dispositif normatif de protection contre le négationnisme**.

II-B-2/ LE DENI DE JUSTICE RESULTANT DE L'ABSENCE DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE : LA VIOLATION PAR LA SECTION DU CONTENTIEUX DU CONSEIL D'ETAT DES REGLES RELATIVES AU RENVOI PREJUDICIEL

659. L'**obligation précise et inconditionnelle**, qui s'impose à une juridiction suprême nationale comme le **Conseil d'Etat, au titre du renvoi préjudiciel (II-B-2-a)**, ne saurait être contournée par une **déclaration d'incompétence** de ladite juridiction (**II-B-2-b**).

II-B-2-a/ DU RENVOI PREJUDICIEL : L'OBLIGATION IMPOSEE A LA JURIDICTION NATIONALE SUPREME DE SAISIR LA COUR DE JUSTICE D'UNE DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE OU DE MOTIVER SON REFUS DE TRANSMISSION CREE DANS LE CHEF DES PARTIES AU LITIGE PRINCIPAL UN DROIT SUBJECTIF A OBTENIR UNE TELLE SAISINE OU, A TOUT LE MOINS, LES RAISONS DE SA NON-SAISINE

660. Ce mécanisme préjudiciel qui est régi essentiellement par les articles **19 TUE** et **267 TFUE (1)** trouve sa sanction dans le **principe de responsabilité** de l'Etat membre pour méconnaissance du droit de l'Union européenne (**2**).

1.-/ L'OBLIGATION DU RENVOI PREJUDICIEL A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE AU TITRE DE L'EXIGENCE D'UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

661. Le **droit à une protection juridictionnelle effective** est expressément prévu par le **Traité sur l'Union européenne (TUE)**, dans sa rédaction issue du **Traité de Lisbonne** du 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009 (**1-1**).

662. L'**obligation** qui pèse sur les juridictions suprêmes des Etats membres au titre du **renvoi préjudiciel** procède de ce **droit** (**1-2**).

1-1/ LE DROIT A UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EST CONSACRE PAR L'ARTICLE 19 § 1 DU TRAITE SUR L'UNION EUROPEENNE (TUE)

663. « *Le droit au juge est inhérent à l'Etat de droit* » rappelle justement **Monsieur l'Avocat général Marco DARMON**, dans ses conclusions présentées le 28 Janvier 1986 (**CJUE 15 Mai 1986, JOHNSTON, C-222/84, point 3**).

Cette exigence de bonne justice, dégagée par la jurisprudence de la **Cour de Luxembourg** (v. également **CJUE, 04 Novembre 1997, Christian DIOR, C-337/95**), est, aujourd'hui, consacrée par le **Traité sur l'Union européenne (TUE)**, dans sa rédaction issue du **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009.

Aux termes de l'article **19 TUE** :

« *1. La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.*

Les Etats membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union.

(...)

3. La Cour de justice de l'Union européenne statue conformément aux traités :

a) sur les recours formés par un Etat membre, une institution ou des personnes physiques ou morales ;

b) à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions ;

c) dans les autres cas prévus par les traités. »

1-2/ LE DROIT AU RENVOI PREJUDICIEL DEVANT LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE DOIT ETRE MIS EN OEUVRE PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES DONT LES DECISIONS NE SONT PAS SUSCEPTIBLES D'UN RECOURS JURIDICTIONNEL DE DROIT INTERNE

664. A n'en pas douter, le mécanisme du **renvoi préjudiciel** est l'illustration moderne du **criticisme kantien**, sous le mode juridictionnel :

« Notre siècle est le siècle propre de la critique, à laquelle tout doit se soumettre. La religion, par sa sainteté, et la législation, par sa majesté, veulent ordinairement s'y soustraire. Mais alors elles excitent contre elles un juste soupçon, et ne peuvent prétendre à ce respect sincère que la raison accorde seulement à ce qui a pu soutenir son libre et public examen. »

(**Emmanuel KANT**, *Critique de la raison pure*, préface de la première édition de 1781, Gallimard, coll. La Pléiade Tome I, 1980, p. 727)

La **République française** n'est pas restée sourde à l'**enseignement critique kantien** puisqu'elle a placé au plus haut sommet de sa hiérarchie normative le **droit pour la Société** (on dirait, aujourd'hui, la **Société civile**) de « **demande compte à tout agent public, de son administration.** » (article **15** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789 – DDH**), prescription qui s'adresse à tous les organes de l'Etat, y compris l'**organe juridictionnel**.

Le **droit au renvoi préjudiciel** découle directement de l'article **267 § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)**, dans sa rédaction issue du **Traité de Lisbonne** signé le **13 Décembre 2007** et entré en vigueur le **1er Décembre 2009**, aux termes duquel :

Article **267 TFUE** :

*« La Cour de justice de l'Union européenne est **compétente pour statuer**, à titre **préjudiciel** :*

*a) sur l'**interprétation des traités**,*

*b) sur la **validité et l'interprétation** des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ;*

(...)

*Lorsqu'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. (...) »*

La **Cour de justice de l'Union européenne** a explicité les droits et obligations des juridictions nationales, en matière **d'interprétation du droit de l'Union** :

« L'article 177, alinéa 3, du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est **tenue**, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de **déférer à son obligation de saisine**, à moins qu'elle n'ait constaté que la **question soulevée n'est pas pertinente** ou que la **disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour** ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à **aucun doute raisonnable**; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du **risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté**. »

(CJUE, 06 Octobre 1982, Srl CILFIT, C-283/81).

On sait, à cet égard, que « La décision du tribunal des conflits rendue sur renvoi **s'impose à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif**. Elle fait obstacle à ce que le conflit positif d'attributions puisse être ultérieurement élevé sur la question jugée par cette décision. Elle s'oppose également à ce que le ministre de la justice puisse, sur cette question, user de la procédure prévue à l'article 26 de la loi du 24 mai 1872. ») (article 39 du décret du 26 Octobre 1849).

En outre, comme le fait justement observer la Doctrine autorisée (QPC - LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE, pratique et contentieux, sous la direction de Xavier MAGNON, avec Valérie BERNAUD, Karine FOUCHER, Jean-Pierre MIGNARD et Thierry S. RENOUX - Litec LexisNexis 2011, § 114, pp.185-186), aucun texte de droit positif ne prévoit la possibilité de poser la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** devant le **Tribunal des conflits**, dès lors que celui-ci **ne relève ni du Conseil d'Etat ni de la Cour de cassation**, mais, à l'inverse, dont les décisions s'imposent à l'une comme à l'autre des deux juridictions suprêmes (article 39 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).

C'est, de surcroît, ce que juge le **Tribunal des conflits** lui-même :

« (...) **Sur la question prioritaire de constitutionnalité** :

*Considérant qu'il résulte de la combinaison de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-1 de l'ordonnance n°58-1607 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, issu de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, qu'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être présentée que devant les juridictions qui relèvent du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation; que dès lors, une telle question ne peut être présentée devant le Tribunal des conflits; qu'ainsi la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. A est en tout état de cause **irrecevable**; (...) »*

(TC 04 Juillet 2011, n°C 3803).

Il n'en résulte pas, pour autant, que le **Tribunal des conflits** serait dispensé du **respect du droit de l'Union**.

En effet, il ressort expressément de ce qui précède que le **Tribunal des conflits** rend des **décisions qui ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** et se trouve soumis à l'**obligation de renvoi préjudiciel** prévue par l'article 267 § 3 TFUE précité.

La **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)** a jugé, dans une espèce similaire, que la **Cour Benelux** - « *instituée par un traité, signé à Bruxelles le 31 mars 1965, entre le royaume de Belgique, le grand-duché de Luxembourg et le royaume des Pays-Bas, et (...) composée de juges des Cours suprêmes de chacun de ces trois États* » (**CJUE 04 Novembre 1997, Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c/ Evora BV, C-337/95, point 15**) - devait être considérée comme tenue à l'**obligation de renvoi préjudiciel** en application du texte susvisé :

« (...)

18 C'est au regard de ce système de droit que, par sa première question, la juridiction nationale demande si, lorsqu'une question relative à l'interprétation de la directive est soulevée dans le cadre d'une procédure se déroulant dans l'un des États membres du Benelux et portant sur l'**interprétation de la loi uniforme Benelux sur les marques de produits**, c'est la **Cour suprême nationale** ou la **Cour Benelux** qui est la juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne et qui, à ce titre, est tenue de saisir la Cour conformément à l'article 177, troisième alinéa, du traité.

19 Afin de répondre à cette question, il convient d'examiner d'abord si une juridiction telle que la Cour Benelux a la **faculté** de poser des questions préjudicielles à la Cour et si, le cas échéant, elle peut être **tenue** de le faire.

20 En premier lieu, il apparaît que la question posée par la juridiction nationale part à juste titre de la prémisse qu'une juridiction telle que la Cour Benelux est une juridiction qui peut soumettre des questions préjudicielles à la Cour.

21 En effet, il n'existe aucun motif valable qui justifierait qu'une telle **juridiction commune à plusieurs États membres** ne puisse soumettre des questions préjudicielles à la Cour à l'instar des juridictions relevant de chacun de ces États membres.

22 A cet égard, il y a notamment lieu de tenir compte du fait que la Cour Benelux est chargée d'**assurer l'uniformité dans l'application des règles juridiques communes aux trois États du Benelux** et que la procédure devant elle constitue un **incident** dans les procédures pendantes devant les juridictions nationales à l'issue duquel l'**interprétation définitive des règles juridiques communes au Benelux** est établie.

23 Permettre à une juridiction telle que la Cour Benelux, lorsqu'elle est amenée à interpréter des règles communautaires dans l'accomplissement de sa mission, de faire application de la procédure prévue par l'article 177 du traité correspond donc à l'objectif de cette disposition, qui est de **sauvegarder l'interprétation uniforme du droit communautaire**.

24 S'agissant ensuite de la question de savoir si une juridiction telle que la Cour Benelux peut être **tenue** de saisir la Cour, il convient de rappeler que, conformément à l'article 177, troisième alinéa, du traité, lorsqu'une question préjudicielle 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 de justice.

25 Selon la jurisprudence de la Cour, cette obligation de saisine s'inscrit dans le cadre de la **coopération**, instituée en vue d'**assurer la bonne application et l'interprétation uniforme** du droit communautaire dans l'ensemble des États membres, entre les juridictions nationales, en leur qualité de juges chargés de l'application du droit communautaire, et la Cour de justice (voir, notamment, arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit et Lanificio di Gavardo, 283/81, Rec. p. 3415, point 7). Il résulte également de la jurisprudence que l'article 177, troisième alinéa, a notamment pour but de prévenir que s'établisse, dans un État membre quelconque, une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire (voir, notamment, arrêt du 24 mai 1977, Hoffmann-La Roche, 107/76, Rec. p. 957, point 5, et du 27 octobre 1982, Morson et Jhanjan, 35/82 et 36/82, Rec. p. 3723, point 8).

26 A cet égard, il apparaît que, dans la mesure où il n'existe **aucun recours juridictionnel** contre la décision d'une juridiction telle que la Cour Benelux, qui tranche définitivement les questions d'interprétation du droit uniforme Benelux, une telle juridiction peut être **tenue** de saisir la Cour au sens de l'article 177, troisième alinéa, dès lors qu'une question relative à l'interprétation de la directive est soulevée devant elle.

27 S'agissant, par ailleurs, de la question de savoir si le Hoge Raad peut être tenu de poser des questions préjudicielles à la Cour, il est constant qu'une telle juridiction suprême nationale, **dont les décisions ne sont pas non plus susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne**, ne peut rendre son jugement sans saisir préalablement la Cour en vertu de l'article 177, troisième alinéa, du traité, lorsqu'une question relative à l'interprétation du droit communautaire est soulevée devant elle.

28 Il n'en découle toutefois pas nécessairement que, dans une situation telle que celle visée par le Hoge Raad, les deux juridictions sont effectivement tenues de saisir la Cour.

29 En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour, si l'article 177, dernier alinéa, oblige **sans aucune restriction** les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne à soumettre à la Cour toute question d'interprétation soulevée devant elles, l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci en vertu de l'article 177 peut priver cette obligation de sa cause et la vider ainsi de son contenu. Il en est notamment ainsi quand la question soulevée est **matériellement identique** à une **question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue** (voir, notamment, arrêts Cilfit et Lanificio di Gavardo, précité, point 13, et du 27 mars 1963, Da Costa e.a., 28/62, 29/62 et 30/62, Rec. p. 59). A fortiori, il en est ainsi également quand la question soulevée est matériellement identique à une **question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire nationale**.

30 Il en découle que, si une juridiction telle que le Hoge Raad a, préalablement à la saisine de la Cour Benelux, fait usage de sa faculté de soumettre la question soulevée à la Cour de justice, **l'autorité de l'interprétation** donnée par celle-ci peut soustraire une juridiction telle que la Cour Benelux à son obligation de poser une question **matériellement identique** avant de rendre son jugement. Inversement, en l'absence de saisine préalable de la Cour de justice par une juridiction telle que le Hoge Raad, une juridiction telle que la Cour Benelux est **tenue** de soumettre la question soulevée à la Cour, dont la décision peut alors soustraire le Hoge Raad à l'obligation de poser une question matériellement identique avant de rendre son jugement.

31 Il convient donc de répondre à la première question que, lorsqu'une question relative à l'interprétation de la directive est soulevée dans le cadre d'une procédure se déroulant dans l'un des États membres du Benelux et portant sur l'interprétation de la loi uniforme Benelux sur les marques de produits, une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, comme le sont tant la **Cour Benelux** que le **Hoge Raad**, est tenue de saisir la Cour de justice en vertu de l'article 177, troisième alinéa, du traité. Cette obligation est toutefois privée de sa cause et ainsi vidée de son contenu quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire nationale.

(...)

1) Lorsqu'une question relative à l'interprétation de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, est soulevée dans le cadre d'une procédure se déroulant dans l'un des États membres du Benelux et portant sur l'interprétation de la loi uniforme Benelux sur les marques de produits, une **juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne**, comme le sont tant la **Cour de justice du Benelux** que le **Hoge Raad der Nederlanden**, est tenue de saisir la Cour de justice en vertu de l'article 177, troisième alinéa, du traité CE. Cette obligation est toutefois privée de sa cause et ainsi vidée de son contenu quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire nationale.

(...) »

(CJUE 04 Novembre 1997, Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c/ Evora BV, C-337/95)

L'application de la règle fixée par l'article 267 § 3 TFUE, tel qu'explicité par la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)** conduit à relever :

1°) qu'en l'espèce, ni le **Conseil d'Etat** ni la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** n'ont fait application de l'article 267 TFUE, § 3 pour le premier, § 2 pour la seconde, aux fins de saisir la CJUE des **demandes de décisions préjudicielles** dont les requérants les avaient saisis;

2°) que la **Cour de cassation – saisie par les requérants le 21 Juillet 2014** - dont la mission légale est d'unifier la jurisprudence judiciaire sur tout le territoire national (art. L. 411-1 COJ : « *Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation.* »), devra **faire application** de l'article 267 TFUE, § 3;

3°) que l'**obligation de renvoi préjudiciel** incombe, également, au **Tribunal des conflits – saisi par les requérants le 19 Novembre 2014** - dont la **mission générale** confiée par le droit interne consiste à **désigner l'ordre ou les ordres de juridiction compétents** aux fins de trancher un litige porté devant l'une des juridictions nationales et donc, de contribuer à assurer au sein de chaque Etat membre une **interprétation** et une **application uniforme du droit de l'Union**, - le but du renvoi préjudiciel étant « *d'assurer l'unité de l'interprétation du droit de l'Union dans les Etats membres* » (CJUE 18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi, C-136/12, point 28).

2.-/ LA SANCTION DE L'OBLIGATION DE RENVOI PREJUDICIEL

665. Seront, ici, abordées :

- La **signification** et la **portée** de l'obligation de renvoi préjudiciel (**2-1**);
- La **compétence de la CJUE** pour statuer sur les demandes de décisions préjudicielles (**2-2**);
- La **nécessité** d'obtenir une **réponse authentique et faisant foi** de la **Cour de justice** quant à **l'appréciation de validité** de l'article **1er § 4** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 et **l'interprétation** du droit de l'Union au regard de la problématique de fond relative à la transposition adéquate de cette norme de droit dérivé confrontée aux **positions jurisprudentielles anachroniques et injustifiées** du **Conseil constitutionnel** et du **Conseil d'Etat** (**2-3**).

2-1 / LA SIGNIFICATION ET LA PORTEE DU RENVOI PREJUDICIEL : L'OBLIGATION IMPOSEE A LA JURIDICTION NATIONALE SUPREME DE SAISIR LA COUR DE JUSTICE D'UNE DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE OU DE MOTIVER SON REFUS DE TRANSMISSION CREE DANS LE CHEF DES PARTIES AU LITIGE PRINCIPAL UN DROIT SUBJECTIF A OBTENIR UNE TELLE SAISINE OU, A TOUT LE MOINS, LES RAISONS DE SA NON-SAISINE

Ce mécanisme préjudiciel est régi essentiellement par les articles 19 TUE et 267 TFUE :

2-1-1 / RAPPEL DES TEXTES

Article 19 TUE :

« 1. *La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.*

Les Etats membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union.

(...)

3. *La Cour de justice de l'Union européenne statue conformément aux traités :*

a) *sur les recours formés par un Etat membre, une institution ou des personnes physiques ou morales ;*

b) *à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions ;*

c) *dans les autres cas prévus par les traités. »*

Article 267 TFUE :

« *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :*

a) *sur l'interprétation des traités,*

b) *sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ;*

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'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.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

2-1-2 / L'ANALYSE DES TEXTES

Elle se fait à l'aune des principes d'interprétation universels, classiquement exprimés par les adages latins suivants :

Specialia generalibus derogant : les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales.

Generalia specialibus non derogant : les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales.

In toto jure generi per speciem derogatur : en droit, l'espèce déroge au genre.

La distinction opérée par l'article **267 TFUE** entre les juridictions dont les décisions sont « **susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** » (comprises dans la définition par compréhension de l'**alinéa 2**) et celles qui ne le sont pas (alinéa **3**) est d'importance en tant qu'elle permet d'identifier à l'intérieur du **genre** des décisions rendues par les **juridictions nationales** (alinéa **2**) l'**espèce** de celles qui « **ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** » (alinéa **3**).

En effet, le pouvoir d'appréciation de la **nécessité** de poser à la CJUE une question de droit de l'Union qui se pose devant la juridiction nationale est **modulé** selon le degré de juridiction concerné.

Si les juridictions nationales dont les décisions sont « **susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** » sont **libres** d'apprécier cette **nécessité** (elles jouissent, à cet égard, d'un **pouvoir discrétionnaire** que révèle le verbe « **peut** »), celles dont les décisions **ne sont pas susceptibles** d'un tel recours de droit interne (alinéa **3**) ne peuvent, sans dénaturer l'article **267 TFUE**, se dispenser de renvoyer une telle question à la CJUE sans **motiver** leur refus de transmettre la demande de décision préjudicielle au moyen des exceptions **limitativement explicitées** par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (notamment **CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT, n°283/81 ; CJUE 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV, C-495/03, point 33**).

Seul l'**alinéa 2** de l'article **267 TFUE** – qui expose les **règles communes** applicables aux juridictions nationales en matière de renvoi préjudiciel - mentionne expressément la **nécessité** comme critère de la demande de décision préjudicielle à la CJUE quant à une question d'interprétation du droit de l'Union et/ou de validité d'un acte de droit dérivé, nécessité qui est laissée à l'appréciation discrétionnaire de la « *juridiction d'un des Etats membres* », laquelle « *peut* », si elle estime cette condition vérifiée, « *demander à la Cour de statuer sur cette question* ».

Cet alinéa concerne le **cas général** puisqu'il vise indifféremment « *une juridiction d'un des Etats membres* », sans distinguer selon que ses décisions sont ou non « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », cette condition supplémentaire n'apparaissant que dans le **cas spécial** régi par l'alinéa 3, libellé en termes **précis et inconditionnels** :

« *Lorsqu'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.*** ».

Dans l'alinéa 2, la **nécessité** de saisir la CJUE de la question de droit de l'Union est laissée à l'**appréciation discrétionnaire** de la juridiction nationale (« *si elle estime* »), tandis que dans l'alinéa 3 cette **nécessité** est **présumée** par le traité lui-même, sauf au juge national suprême à **constater, selon l'interprétation** que la CJUE donne de ce texte, alternativement :

1°) « *que la question soulevée n'est pas pertinente* »,

ou

2°) « *que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour* »,

ou

3°) « *que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.* », étant précisé que « *L'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté.* »

(...)

(CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT, n°283/81, point 16 ; CJUE 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV, C-495/03, points 33 et 39).

En outre :

« Lorsqu'une question relative à l'interprétation de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, est soulevée dans le cadre d'une procédure se déroulant dans l'un des États membres du Benelux et portant sur l'interprétation de la loi uniforme Benelux sur les marques de produits, **une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne**, comme le sont tant la Cour de justice du Benelux que le Hoge Raad der Nederlanden, est **tenue de saisir la Cour de justice** en vertu de l'article 177, troisième alinéa, du traité CE. Cette **obligation** est toutefois **privée de sa cause** et ainsi **vidée de son contenu** quand la question soulevée est **matériellement identique** à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire nationale. »

(CJUE, 04 Novembre 1997, Christian DIOR, C-337/95)

La **spécificité** du renvoi préjudiciel s'illustre dans l'explicitation par la Cour de justice de l'Union de la **troisième condition** permettant à la Cour suprême nationale de ne pas procéder audit renvoi :

« Enfin, l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée. Avant de conclure à l'existence d'une telle situation, la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour de justice. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que la juridiction nationale pourra s'abstenir de soumettre cette question à la Cour et la résoudre sous sa propre responsabilité. »

(CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT, n°283/81, point 16; CJUE 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV, C-495/03, points 33 et 39)

Comme on le voit, les règles qui régissent le **renvoi préjudiciel** sont l'illustration moderne de l'**impératif catégorique** qu'Emmanuel KANT exprime selon l'aphorisme célèbre suivant :

« Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse en même temps toujours valoir comme principe d'une législation universelle. » (Critique de la raison pratique, Ire partie, Analytique, § 7 Loi fondamentale de la raison pure pratique, Gallimard, Coll. La Pléiade, Tome II, 1985, p. 643),

et que les juridictions nationales, spécialement celles dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, doivent appliquer.

Ici, l'**évidence** avec laquelle doit apparaître, aux yeux du juge national, l'application correcte du droit de l'Union, tend à l'**universalisme juridictionnel** dès lors que pour conclure à l'absence de difficulté, à cet égard, et se dispenser du renvoi préjudiciel, la Cour suprême doit se référer à l'**appréciation présumée** de la même question par les **juridictions des autres Etats membres** et par la **Cour de justice** elle-même. La **norme de référence** (**système autoréférentiel** – Niklas LUHMANN, 1927 - 1998) est celle de l'**Union** et non pas celle de chaque Etat membre, le droit national étant, dans le système des traités, **subsumé** sous le droit de l'Union qui bannit tout **nationalisme normatif**.

On sait, dans cet ordre d'idées, que pour LUHMANN, *« couramment considéré comme le sociologue allemand le plus important de la seconde moitié du XX^e siècle »* (Hugues RABAULT, *« UN MONDE SANS REALITE ? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit »*, Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, Chaire d'études des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique), *« les systèmes sociaux sont des systèmes autoréférentiels ou autopoïétiques : 'ce sont des systèmes qui produisent par eux-mêmes tout ce qu'ils utilisent en tant qu'unité, au moyen de ce qu'ils utilisent en tant qu'unité, leur unité en tant que système consistant précisément en cela' (Luhmann). L'autonomie du système c'est sa manière de se reproduire de façon récursive. Par exemple, le système juridique, comme tel, n'est ni la totalité des actes juridiques posés, ni un ensemble de règles, ni une hiérarchie formelle : c'est la manière dont le droit peut se créer uniquement à partir du droit lui-même.*

Cette récursivité de leur autoreproduction transforme les systèmes sociaux en systèmes fermés, mais elle est, en même temps, une 'condition d'ouverture'. Le système peut entrer en relation avec son milieu parce que la forme que peut prendre cette relation a été prédéfinie par le système lui-même. Et l'autoréférentialité du système consiste en cette autoconstitution continue du système au travers de ses propres opérations. Donc, toute opération avec le milieu est une opération dans le système, une opération du système avec lui-même. Un exemple : la juridicité d'un acte ne peut s'établir, dans le système juridique, que sur base d'actes juridiques antérieurs, sur base des éléments préalables du système ; une fois cette juridicité établie, cet acte sera un nouvel élément du système, qui conditionnera la juridicité des actes qui seront soumis par la suite au système.

*Luhmann explique que les systèmes autoréférentiels s'individualisent grâce à la possession d'un **code binaire propre** (**légal / illégal** en droit, **vrai / faux** en sciences, etc.) et, suivant ce schéma binaire propre, ils absorbent les 'irritations' provenant du milieu. Mais le système gère, à travers sa 'programmation', l'assimilation des données prises dans le milieu à l'un ou l'autre des termes de ce schéma : le vrai est le contraire du faux, mais l'assimilation correcte de telle ou telle donnée dépend, à chaque moment, dans le système (ici, le système scientifique, par exemple), de la présence effective d'un état de choses dans ou hors du système.*

(...)

*3. Tout ce qui a été dit des **systèmes autopoïétiques** s'applique au **droit**. La fonction du droit est en relation avec les **expectatives sociales**. Il existerait des **expectatives cognitives**, qui seraient modifiées dans le cas où elles se trouveraient prises en défaut. Ainsi, s'il s'avérait que tous les corps ne tombaient pas avec l'accélération prévisible suivant la loi de la pesanteur, il faudrait substituer à cette loi scientifique une autre, qui tiendrait compte de ces exceptions comme d'occurrences prévisibles et créerait, par conséquent, des **expectatives plus adéquates**. Cependant, il y a des **expectatives** qui doivent faire face à une certaine frustration. Ce sont les **expectatives normatives**. Ici, **les systèmes ne s'adaptent pas aux circonstances, mais défendent leurs structures contre celles-ci**. Par exemple, la constatation que certains conducteurs empruntent les autoroutes en sens contraire de la circulation n'entraîne pas la modification de l'obligation et de l'expectative générale, c'est-à-dire la circulation sur des voies à sens unique, mais l'expectative originale est maintenue et on recherchera le renforcement de son effectivité, en luttant contre l'infraction. Si, dans chaque société, il n'existait pas un ample réseau d'expectatives normatives semblables, la possibilité d'orientation intersubjective des conduites disparaîtrait, et les structures sociales se dissoudraient, laissant sans solution le problème de la double contingence. Mais, précisément, la fonction du droit consiste, selon Luhmann, en la **'stabilisation contrefactuelle d'expectatives de comportements'**.*

*En tant que **système autoréférentiel**, le droit produit le droit, les normes juridiques ne se fixent que sur base de normes juridiques et **'la légalité est l'unique légitimité'**. Il n'y a pas de **droit en dehors du droit**. Pour le droit aussi, c'est la présence conjointe du code et des programmes qui permet au système d'être à la fois ouvert et fermé. Il n'y a pas de **normes juridiques hors de lui**, mais son fonctionnement est lié aux événements externes dont l'examen requiert une **activité cognitive**.*

(**Juan Antonio GARCIA AMADO**, Université d'Oviedo, Espagne, in **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit**, deuxième édition corrigée et augmentée, sous la direction de **André-Jean ARNAUD**, LGDJ 1993, v° **AUTOREFERENTIEL (Système -)**, pp. 49-51, trad. **Marie-France RENARD**)

.../...

Autrement dit, « *Jus ex facto non oritur* » : « (...) *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 (...)* » (Simone GOYARD – FABRE, « *Les fondements de l'ordre juridique* », PUF, 1^o édition Décembre 1992, p. 372)

*

Ce n'est donc pas à l'aune de **critères nationaux (système fermé)**, mais de **règles communes** à l'ensemble des juridictions des Etats membres, éclairées par la **jurisprudence de la Cour de justice (Société ouverte – v. Karl POPPER, « *La Société ouverte et ses ennemis* » deux tomes, Editions du Seuil)**, que devra se faire l'appréciation par la juridiction nationale de l'existence d'un **doute raisonnable** quant à l'application du droit de l'Union à l'espèce dont elle est saisie.

On perçoit, ici, immédiatement la difficulté à laquelle une juridiction nationale peut être confrontée lorsqu'elle doit apprécier la conformité au droit de l'Union d'une théorie, telle celle des **actes de gouvernement**, laquelle **abolit totalement le contrôle juridictionnel** des actes de l'exécutif.

En effet, sachant que l'**Espagne**, membre de l'Union européenne depuis **1986**, a résolument abandonné, en **1998**, la thèse de **l'immunité des actes politiques** pour s'engager sur la voie du **contrôle juridictionnel de tous les actes de l'exécutif**, y compris les **actes dits politiques**, une juridiction française ne pourrait plus aujourd'hui prétendre que la conformité au droit de l'Union européenne de la **théorie des actes de gouvernement** ne laisse place à aucun doute raisonnable.

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 politicos (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 :

« *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 Autonomas, 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**).

*

.../...

Ce faisant, la Cour de justice n'a pas ajouté à l'article **267, al. 3** TFUE des **exceptions** au principe de **l'obligation** de renvoi préjudiciel qu'il ne prévoit pas, exceptions que seuls les auteurs du traité pouvaient décider, - ce qu'ils n'ont pas fait, - mais, plus exactement, a **explicité**, suivant un **jugement analytique** destiné à une **meilleure intelligibilité** du texte à l'adresse des juridictions nationales et des justiciables et, partant, à une **application plus efficace** de celui-ci en termes de **sécurité juridique**, **l'invocabilité défendable** de la question de droit de l'Union, exprimée dans la formule « *Lorsqu'une telle question est soulevée* » (article **267, al. 2 et 3** TFUE).

En d'autres termes, la CJUE, par **l'interprétation authentique et faisant foi** qu'elle donne de l'article **267** TFUE, délimite, avec plus de netteté, le **champ d'application** de l'obligation au titre du renvoi préjudiciel, faite à la juridiction nationale dont les décisions ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* ».

Le concept de **question soulevée**, au sens de l'article **267** TFUE, ne rend pas compte, ainsi, d'une simple **matérialité brute** (l'initiative d'une partie qui forme la demande de décision préjudicielle devant la juridiction nationale), mais bien d'une **situation juridiquement qualifiée** (un **fait juridique**) répondant à des exigences précises et à laquelle le traité attache des **conséquences juridiques**.

Pour recevoir la qualification juridique de « **question soulevée** » devant la juridiction nationale, la demande de décision préjudicielle ne doit pas seulement être présentée par les parties au litige principal, mais doit, encore, répondre à certaines qualités qui doivent être cumulativement réunies :

1°) être **pertinente**, c'est dire, entretenir un **rapport de droit** avec l'objet du litige principal ou susceptible d'exercer une **influence** sur la solution que le juge national devra lui apporter ;

2°) être **inédite**, c'est dire non résolue par un précédent arrêt préjudiciel de la CJUE ;

3°) être **indispensable** à la solution du litige principal.

Il tombe sous le sens, à cet égard, que :

si la solution à cette question n'est susceptible d'exercer **aucune influence** sur la solution du litige principal,

ou

si la Cour a déjà apporté à la question posée une solution,

ou

si *l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable* – c'est dire peut être mise en œuvre par la juridiction nationale saisie de la question **comme elle le serait par la CJUE et les juridictions des autres Etats membres (universalisme juridictionnel)**, sans créer de risque de divergence de jurisprudence au sein de l'Union – ou, en d'autres termes, s'impose **erga omnes** et par elle-même sans besoin d'interprétation,

.../...

une telle question ne peut apparaître comme **soulevée** (« *is raised* », dans la version anglaise) au sens de l'article **267, al. 2 et 3** TFUE.

*

L'appréciation de la **nécessité** de renvoi préjudiciel à la CJUE prend toute sa signification à plusieurs égards, dans l'articulation des alinéas **2 et 3** de l'article **267** TFUE :

- D'une part, l'alinéa **2** de l'article **267** TFUE confère aux juridictions nationales, spécialement celles dont les décisions sont « **susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** », une **autonomie** dans l'exercice du renvoi préjudiciel.

En effet, cette **prérogative** confiée expressément par le traité aux juridictions nationales ne saurait être paralysée par le jeu des règles procédurales internes :

« (...) »

92 Il ressort de la décision de renvoi que, selon le droit hongrois, un appel distinct peut être formé contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel devant la Cour, l'intégralité de l'affaire au principal restant toutefois pendante devant la juridiction dont émane cette décision, la procédure étant suspendue jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour. La juridiction d'appel ainsi saisie a, selon le droit hongrois, le pouvoir de réformer ladite décision, d'écarter le renvoi préjudiciel et d'enjoindre au premier juge de poursuivre la procédure de droit interne suspendue.

93 Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence rappelée aux points 88 et 89 du présent arrêt, s'agissant d'une juridiction nationale dont les décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne, l'article 234 CE ne s'oppose pas à ce que les décisions de cette juridiction saisissant la Cour à titre préjudiciel restent soumises aux voies de recours normales prévues par le droit national. Toutefois, l'issue d'un tel recours ne saurait restreindre la compétence que confère l'article 234 CE à ladite juridiction de saisir la Cour si elle considère qu'une affaire pendante devant elle soulève des questions relatives à l'interprétation de dispositions de droit communautaire nécessitant une décision de cette dernière.

94 Par ailleurs, il convient de rappeler que la Cour a déjà jugé que, dans une situation où une affaire se trouve pour la deuxième fois pendante devant une juridiction de premier degré après qu'un jugement rendu par celle-ci a été mis à néant par une juridiction de dernière instance, ladite juridiction de premier degré demeure libre de saisir la Cour en vertu de l'article 234 CE nonobstant l'existence en droit interne d'une règle liant les juridictions à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur (arrêt du 12 février 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, précité).

95 Or, en cas d'application de règles de droit national relatives au droit d'appel contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel, caractérisées par le fait que l'intégralité de l'affaire au principal demeure pendante devant la juridiction de renvoi, seule la décision de renvoi faisant l'objet d'un appel limité, la compétence autonome de saisir la Cour que l'article 234 CE confère au premier juge serait remise en cause, si, en réformant la décision ordonnant le renvoi préjudiciel, en l'écarter et en enjoignant à la juridiction ayant rendu cette décision de poursuivre la procédure suspendue, la juridiction d'appel pouvait empêcher la juridiction de renvoi d'exercer la faculté de saisir la Cour qui lui est conférée par le traité CE.

.../...

96 En effet, conformément à l'article 234 CE, l'appréciation de la pertinence et de la nécessité de la question préjudicielle relève, en principe, de la seule responsabilité de la juridiction qui ordonne le renvoi préjudiciel, sous réserve de la vérification limitée opérée par la Cour conformément à la jurisprudence rappelée au point 67 du présent arrêt. Ainsi, il incombe à cette juridiction de tirer les conséquences d'un jugement rendu dans le cadre d'un appel contre la décision ordonnant le renvoi préjudiciel et, en particulier, de conclure qu'il convient soit de maintenir sa demande de décision préjudicielle, soit de la modifier, soit de la retirer.

97 Il en découle que, dans une situation telle que celle au principal, la Cour doit, également dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité juridique, s'en tenir à la décision ayant ordonné le renvoi préjudiciel, qui doit produire ses effets tant qu'elle n'a pas été rapportée ou modifiée **par la juridiction qui l'a rendue, seule cette dernière juridiction pouvant décider d'un tel rapport ou d'une telle modification.**

98 Eu égard à ce qui précède, il doit être répondu à la troisième question posée que, en présence de règles de droit national relatives au droit d'appel contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel, caractérisées par la circonstance que l'intégralité de l'affaire au principal demeure pendante devant la juridiction de renvoi, seule la décision de renvoi faisant l'objet d'un appel limité, l'article 234, deuxième alinéa, CE doit être interprété en ce sens que la compétence que cette disposition du traité confère à toute juridiction nationale d'ordonner un renvoi préjudiciel devant la Cour ne saurait être remise en cause par l'application de telles règles qui permettent à la juridiction saisie en appel de réformer la décision ordonnant un renvoi préjudiciel devant la Cour, d'écarter ce renvoi et d'enjoindre à la juridiction ayant rendu ladite décision de reprendre la procédure de droit interne qui avait été suspendue.

(CJUE, Grande Chambre 16 Décembre 2008, CARTESIO, C-210/06, points 92 à 98).

- De deuxième part, la **nécessité** de saisine de la CJUE n'est, en principe, pas contrôlée par celle-ci. En effet :

« Selon une jurisprudence constante, les questions relatives à l'interprétation du droit communautaire posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une demande de décision préjudicielle formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, en ce sens, arrêt du 7 juin 2007, van der Weerd e.a., C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I- 4233, point 22 et jurisprudence citée).

(CJUE, Grande Chambre 16 Décembre 2008, CARTESIO, C-210/06, point 67).

- On se souvient, de troisième part, qu'il ne saurait être fait obstacle au mécanisme du renvoi préjudiciel par l'application de règles nationales instaurant d'autres systèmes de contrôle juridictionnel, telles celles qui, en France, depuis le 1er Mars 2010 (réforme constitutionnelle du 23 Juillet 2008), permettent de demander la saisine du **Conseil constitutionnel** d'une **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC).

Le juge de Luxembourg a réaffirmé, à cet égard, que « **le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel** (voir, notamment, arrêts *Simmenthal*, précité, points 21 et 24; du 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, Rec. p. I-2741, point 73; du 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, point 72, ainsi que du 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, non encore publié au Recueil, point 81).

44. En effet, serait **incompatible** avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union **toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union 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 à la pleine efficacité des normes de l'Union** (voir arrêts *Simmenthal*, précité, point 22, ainsi que du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec. p. I-2433, point 20). Tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit de l'Union et une loi nationale, **la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit de l'Union, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire** (voir, en ce sens, arrêt *Simmenthal*, précité, point 23). (...)

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

- 1) **L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:**
 - **de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,**

.../...

- **d’adopter toute mesure nécessaire afin d’assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l’ordre juridique de l’Union, et**
- **de laisser inappliquée, à l’issue d’une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l’Union.**

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l’Union.

(CJUE, Grande Chambre, 22 Juin 2010, Aziz MELKI, C-188/10; Sélim ABDELI, C-189/10).

La prise de position présentée le 07 Juin 2010 par **Monsieur l’Avocat général J. MAZAK**, dans l’affaire précitée, ne va pas dans un sens différent :

« 76. (...) En conséquence, nous considérons que, en cas de conflit entre une décision de la Cour à la suite d’un renvoi préjudiciel et d’une décision d’une juridiction nationale, y compris d’une cour constitutionnelle, la primauté du droit de l’Union impose au juge national d’appliquer la décision de la Cour et de laisser inappliquée la décision de la juridiction nationale contraire. (Voir, par analogie, arrêt Filipiak, précité.) »

Il est, ainsi, établi qu’une **norme constitutionnelle ou l’interprétation que l’organe juridictionnel compétent lui donne** (en l’espèce, **le Conseil constitutionnel**) ne saurait, pas plus qu’une disposition législative ou réglementaire nationale, contrarier l’application du **principe de primauté** du droit de l’Union européenne.

*

Il y a lieu, dans cet ordre d’idées, de relever la **formulation générique inclusive** choisie par les auteurs du traité à l’article **267, alinéa 2** TFUE, la « *juridiction d’un des Etats membres* » englobant, en **extension**, aussi bien celle dont les décisions sont « *susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne* » que celle dont les décisions ne sont pas soumises à un tel recours.

Il n’y a, à cet égard, **aucune contradiction**, à envisager l’exercice du **pouvoir juridictionnel** – en l’occurrence, le **renvoi préjudiciel** à la CJUE - tant du point de vue du **droit** que de l’**obligation**, puisque les deux alinéas ne visent pas les mêmes **catégories** de juridiction ni la même **fonctionnalité** : c’est un **droit** pour la juridiction nationale (elle « *peut* » - « *may* », dans la version anglaise - art. **267, al. 2** TFUE), dans sa **globalité** (**ut universi**), **quelle qu’elle soit**, de saisir la CJUE d’une **demande de décision préjudicielle**, selon l’appréciation de la **nécessité** qu’elle en fait, parce que c’est une **obligation** (**ut singuli**) pour la juridiction qui présente, en sus, la particularité de ne pas admettre que ses décisions soient « *susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne* », de procéder au renvoi préjudiciel (celle-ci « *est tenue de saisir la Cour* » dit l’article **267, al. 3** TFUE).

.../...

Dans l'hypothèse inverse où le texte aurait opposé de façon **exclusive** le régime juridique applicable, d'une part, aux juridictions nationales suprêmes qui auraient supporté l'**obligation** de saisine de la CJUE (**compétence liée**) et, d'autre part, les juridictions du fait, pour lesquelles cette saisine n'aurait été que **facultative** (**pouvoir discrétionnaire**), les premières auraient été privées des prérogatives et garanties reconnues aux secondes par la CJUE, notamment quant à l'appréciation de la **nécessité**, pour la solution du litige au principal, d'obtenir une décision préjudicielle.

C'est, en tout cas, l'interprétation que la Cour de justice donne de l'article **267 TFUE**, sur ce point :

« (...) *En second lieu, il découle du rapport entre les alinéas 2 et 3 de l'article 177 que les juridictions visées par l'alinéa 3 jouissent du même pouvoir d'appréciation que toutes autres juridictions nationales en ce qui concerne le point de savoir si une décision sur un point de droit communautaire est nécessaire pour leur permettre de rendre leur décision. Ces juridictions ne sont, dès lors, pas tenues de renvoyer une question d'interprétation de droit communautaire soulevée devant elles si la question n'est pas pertinente, c'est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige. (...)* »

(**CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT**, n°283/81, point **10** et, reprenant la même formulation, **CJUE 18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi**, C-136/12, point **26**).

Comme on le voit, l'application du régime juridique propre au renvoi préjudiciel est **distributive** selon la **nature** de la juridiction : **droit discrétionnaire** de saisir la CJUE pour les juridictions dont les décisions sont « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » ; **obligation de motiver le refus de renvoyer la question préjudicielle** pour celles dont les décisions ne sont pas justiciables d'un tel recours.

Autrement dit, à la simple **faculté** de saisir ou de ne pas saisir la CJUE d'une **demande de décision préjudicielle**, jugée par la juridiction nationale, quelle que soit sa place dans la hiérarchie de l'ordre juridictionnel, « *nécessaire pour rendre son jugement* » (article **267 al. 2 TFUE**) et dont le non-exercice n'est susceptible d'aucune critique ni d'aucun recours juridictionnel, puisqu'il n'a pas à être motivé, s'oppose l'**obligation précise et inconditionnelle** qui pèse spécialement sur la juridiction dont les décisions ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », non pas, dans tous les cas, de déférer à la demande des parties tendant à la saisine de la CJUE, mais, plus exactement, de **motiver le refus de saisir la CJUE** d'une question qui ne pourrait apparaître comme étant « *soulevée* » (article **267 al. 3 TFUE**).

C'est, sans doute, dans un souci de **simplifier** et de **rendre plus efficace** le mécanisme du renvoi préjudiciel que l'article **267 TFUE** vise indifféremment, en son alinéa **2**, « *une juridiction d'un des Etats membres* », avant de distinguer, à son alinéa **3**, dans cet **ensemble général le sous-ensemble particulier** des juridictions nationales « *dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », qui correspond aux juridictions suprêmes, lesquelles supportent des **obligations spécifiques** pour répondre à l'impératif « *d'assurer l'unité de l'interprétation du droit de l'Union dans les Etats membres* » (**CJUE 18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi**, C-136/12, point **28**).

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 juridictionnel (**renvoi préjudiciel**) **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 juridictionnel qui sera :

- **maximale** si le renvoi préjudiciel coïncide avec la volonté (**l'intention**) de son auteur (droit et obligation se confondent alors – hypothèse du **pouvoir discrétionnaire** - art. 267, al. 2 TFUE),

- **minimale** dans le cas inverse où une **volonté extérieure** ou une **nécessité** s'impose à l'autorité juridictionnelle compétente pour qu'elle procède au renvoi préjudiciel (hypothèse de la **compétence liée** – art. 267, al. 3 TFUE).

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

Le **droit** (art. 267, al. 2 TFUE) de saisir la CJUE se concentre en une **obligation** – par l'effet de la **motivation nécessaire** du refus de saisine (art. 267, al. 3 TFUE), lorsque certaines conditions sont réunies, en l'espèce, si la juridiction qui est saisie de la demande de décision préjudicielle rend des décisions qui ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* ».

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

*

.../...

En définitive, comme susdit, la différence entre les deux catégories de juridictions réside dans la **motivation quant à l'absence de nécessité du renvoi** à laquelle seules, celles dont les décisions ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », sont **obligées**, si elles estiment, compte tenu des circonstances, ne pas être tenues de saisir la CJUE, spécialement lorsqu'une décision préjudicielle avait été demandée par l'une des parties au litige principal, comme en l'espèce.

L'obligation de motiver le refus de renvoi à la CJUE est appréciée de la même façon par la **Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)** :

« (...) 94. Dans le cadre spécifique du renvoi préjudiciel prévu par le troisième alinéa de l'article 234 du **Traité CE**, cela signifie que les juridictions nationales dont les **décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** qui refusent de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union européenne soulevée devant elles **sont tenues de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice**. Il leur faut donc **indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, que la disposition de droit de l'Union européenne en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de justice ou que l'application correcte du droit de l'Union européenne s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable** (Ullens de Schooten et Rezabek précité, § 62, décision Ferreira Santos Pardal précitée et Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas (déc.), no 65542/12, § 172 CEDH 2013 (extraits)).

(**CEDH, 26 Novembre 2013, Me Philippe KRIKORIAN c/ France**, décision sur la recevabilité n°6459/07, § 94, pp. 20-21).

Ce n'est, donc, pas **l'exercice (jugement assertorique)** du renvoi préjudiciel qui oppose les deux types de juridiction (ce qui justifie que l'alinéa 2 de l'article 267 TFUE édicte un **droit pour toutes** les juridictions nationales de saisir la CJUE), mais, à l'inverse, **le non-exercice** de ce renvoi, que seules les juridictions nationales suprêmes **devront justifier**, en tant que leurs « *décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » (**art. 267, al. 3 TFUE**) en se référant aux **critères non expressément prévus par le texte et limitativement explicités** par la CJUE, comme susmentionné.

Sans nul doute, l'article 267 TFUE établit une **norme de comportement (norme primaire)** dont les juridictions nationales sont les destinataires, à la fois comme créancier (**al. 2**) et comme débiteur (**al. 3**).

Quant à la **sanction** de cette prescription (**norme secondaire** tendant à la réalisation effective de la norme primaire), si elle n'est pas expressément formulée par l'article 267 TFUE, elle doit être trouvée dans les **principes généraux du droit de l'Union (ratio juris)** qui président à l'institution du **renvoi préjudiciel**, dans le but d'assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** de leurs **droits fondamentaux**.

C'est poser, à ce stade de l'analyse, la question de la **sanction** de cette **obligation de motivation**. C'est, en effet, par **l'obligation de motiver** le refus de saisine de la CJUE qui pèse sur la juridiction nationale suprême, que doit être réalisé l'objectif d'**unifier** l'interprétation et l'application du droit de l'Union européenne (« *d'assurer l'unité de l'interprétation du droit de l'Union dans les Etats membres* » (CJUE 18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi, C-136/12, point 28).

La **vigilance** de la Cour de justice est particulièrement requise, à cet égard.

Il doit, dans cet ordre d'idées, être rappelé, comme le fait **Monsieur l'Avocat Général Philippe LEGER**, dans ses **conclusions** présentées le 08 Avril 2003 devant la CJUE (affaire **KÖBLER** du 30 Septembre 2003, C-224/01) que dès **1975**, la **Cour de justice**, dans ses « *suggestions sur l'Union européenne* », avait proposé elle-même que soit instaurée dans le traité une « *garantie appropriée pour la sauvegarde des droits des particuliers* » en cas de violation par la juridiction suprême de l'Etat concerné de son obligation au titre du **renvoi préjudiciel**, aujourd'hui expressément prévue, en **termes précis et inconditionnels**, par l'article **267 § 3 TFUE** :

« (...) »

144. Enfin, selon nous, on ne peut a priori exclure l'engagement de la **responsabilité de l'État** du fait de la **méconnaissance manifeste par une juridiction suprême de l'obligation de renvoi préjudiciel qui pèse sur elle**, par exemple, dans le cas où il n'existe pas de jurisprudence de la Cour sur le point de droit en cause à la date du prononcé de sa décision.

145. À ce jour, la Cour ne s'est jamais précisément prononcée à ce sujet (**126** - En 1975, dans ses **suggestions sur l'Union européenne**, la Cour a estimé qu'il serait opportun de prévoir — dans le traité — une **garantie appropriée** pour la sauvegarde des droits des particuliers en cas de violation de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE). Toutefois, elle a laissé ouverte la question de savoir si cette garantie devrait consister en un **recours devant la Cour par les parties au principal**, en une **procédure obligatoire de manquement** ou en une **action en réparation contre l'État concerné** à la requête de la partie lésée (Bull. CE, suppl. 9/75, p. 18).) (...) »

*

2-2. / L'OBLIGATION DE LA COUR DE STATUER AU TITRE DE SA COMPETENCE PREJUDICIELLE, ILLUSTRATION DU PRINCIPE DE NECESSITE

667. Comme susdit, les questions préjudicielles posées par les juridictions nationales bénéficient d'une **présomption de pertinence** et obligent la Cour, sauf exceptions limitativement déterminées par sa jurisprudence, à y répondre adéquatement :

« (...) 67 *Selon une jurisprudence constante, les questions relatives à l'interprétation du droit communautaire posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une **présomption de pertinence**. Le refus de la Cour de statuer sur une demande de décision préjudicielle formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées* (voir, en ce sens, arrêt du 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.*, C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I- 4233, point 22 et jurisprudence citée).

(...)

(CJUE, Grande Chambre, 16 Décembre 2008, *Cartesio Oktato és Szolgaltato bt*, C-210/06)

On déduit de la propre jurisprudence de la Cour que dès lors qu'elle est saisie d'une demande de décision préjudicielle, celle-ci s'oblige à y apporter une solution effective.

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 kantiennes 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) :

| <u>QUANTITE</u> | <u>QUALITE</u> | <u>RELATION</u> | <u>MODALITE</u> |
|-----------------|----------------|-----------------------|-----------------|
| 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. III (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 phoronomie 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 **phoronomie**; 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**, en droit interne et des **auteurs des Traités**, en se plaçant à l'échelon de l'Union.

Il résulte, en effet, de ce qui précède :

1°) que le **Conseil d'Etat** a été saisi, le 30 Juin 2011, puis le 16 Mars 2012, de plusieurs **demandes de décisions préjudicielles** d'appréciation de validité de l'article **1er § 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 et d'interprétation du droit de l'Union;

2°) que la Haute juridiction administrative, qui était **tenue de saisir la Cour de justice**, en application de l'article **267 § 3 TFUE**, n'a pas rempli son obligation ni donné les **motifs** d'un tel refus, une **déclaration d'incompétence** ne pouvant tenir lieu de motivation, à cet égard;

3°) que l'**arrêt** du 26 Novembre 2012 doit être lu comme une décision de **sursis à statuer** dans l'attente qu'il soit apporté par la **Cour de justice** les réponses aux questions préjudicielles dont elle est saisie, au plus tard, depuis cette date;

4°) que la **Cour de justice** devait répondre, en vertu de l'article **19, § 3, points a) et b) combinés** au recours dont les requérants l'ont saisie le 13 Mai 2014 et par lequel ils ne font qu'**actualiser** matériellement la **saisine de plein droit** de la Cour du 26 Novembre 2012.

5°) l'**ordonnance d'incompétence** rendue par la **CJUE** le 06 Novembre 2014 (*pièce n°192*) conduit le **Tribunal administratif de Marseille** – et présentement, le **Conseil constitutionnel** - à la saisir des **mêmes demandes de décisions préjudicielles**.

S'agissant d'une problématique que le **principe de subsidiarité** a confiée à l'Union, la Cour de justice, chargée « *d'assurer l'unité de l'interprétation du droit de l'Union dans les Etats membres* » (**CJUE 18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi, C-136/12, point 28**), ne peut laisser les questions préjudicielles sans réponse, sans compromettre la correcte transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 sur tout le territoire de l'Union.

« *Le droit au juge est inhérent à l'Etat de droit* » rappelle justement **Monsieur l'Avocat général Marco DARMON**, dans ses conclusions présentées le 28 Janvier 1986 (**CJUE 15 Mai 1986, JOHNSTON, C-222/84, point 3**).

(v. également **CJUE, 04 Novembre 1997, Christian DIOR, C-337/95**).

*

.../...

En l'espèce, les conditions du **renvoi préjudiciel** sont toutes réunies.

En effet, la CJUE est **compétente**, pour statuer sur la **validité** et l'**interprétation** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 arrêtée sur le fondement de l'article **34, paragraphe 2, point b) TUE ancien**, ce, en application de l'article **35 TUE ancien** et des articles **9 et 10, paragraphe 1** du **Protocole n°36 sur les dispositions transitoires** annexé au Traité de Lisbonne (**Titre VII** – Dispositions transitoires relatives aux actes adoptés sur la base des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne) combinés, ci-après reproduits:

Art. 35 TUE ancien:

« 1. La Cour de justice des Communautés européennes est compétente, sous réserve des conditions définies au présent article, pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres et des décisions, sur l'interprétation des conventions établies en vertu du présent titre, ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application.

*2. Tout Etat membre peut, par une déclaration faite au moment de la signature du traité d'Amsterdam, ou à tout autre moment postérieur à ladite signature, **accepter la compétence de la Cour de justice** pour statuer à titre préjudiciel dans les conditions définies au paragraphe 1.*

3. Un Etat membre qui fait une déclaration au titre du paragraphe 2 indique que:

a) soit toute juridiction de cet Etat dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement;

b) soit toute juridiction de cet Etat a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement.

(...) »

Art. 9 du Protocole n°36 sur les dispositions transitoires, annexé au Traité de Lisbonne:

*« **Les effets juridiques** des actes des institutions, organes et organismes de l'Union adoptés sur la base du traité sur l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne **sont préservés** aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application des traités. Il en va de même des conventions conclues entre les Etats membres sur la base du traité sur l'Union européenne. »*

Art. 10 du **Protocole n°36 sur les dispositions transitoires**, annexé au Traité de Lisbonne:

*« 1. A titre de mesure transitoire, et en ce qui concerne les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les attributions des institutions sont les suivantes à la date d'entrée en vigueur dudit traité: les attributions de la Commission en vertu de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne seront pas applicables et les attributions de la **Cour de justice de l'Union européenne** en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne, dans sa version en vigueur avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, **restent inchangées, y compris lorsqu'elles ont été acceptées conformément à l'article 35, paragraphe 2, dudit traité sur l'Union européenne.***

(...) »

Précisément, selon la **déclaration** annexée au **décret n°2000-668 du 10 Juillet 2000** portant publication de la déclaration de la France pour la mise en oeuvre de l'article 35 du traité sur l'Union européenne, faite à Paris le 14 mars 2000 (JORF 19 Juillet 2000), la **France a accepté « la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes selon les modalités prévues à l'article 35, paragraphe 3, point b. »**

Il résulte de la combinaison des textes précités qu'à l'instar du **Conseil d'Etat**, la **Cour de cassation**, le **Tribunal des conflits** et le **Tribunal administratif de Marseille** sont **parfaitement habilités et compétents** aux fins de poser à la CJUE la **question préjudicielle** notamment de la **validité** de l'article **1er, paragraphe 4** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, question hautement pertinente pour la solution du litige au principal dès lors qu'ainsi le juge la CJUE, concernant la transposition de directives, dont le régime juridique est voisin de celui des décisions-cadres qui toutes **lient les Etats membres quant au résultat à atteindre**:

*« l'adoption de **mesures nationales** visant à **transposer une directive** dans l'ordre juridique (national) peut être **subordonnée à la condition** que cette directive soit **valide** (voir arrêt *British American Tobacco – Investments – et Imperial Tobacco*, précité, point 37) » (**CJCE, Grande Chambre, 03 Juin 2008, Intertanko**, n°C-308/06, point 34).*

En l'occurrence, il est patent que la **question préjudicielle** de la validité de l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre conditionne la bonne transposition de cet acte en droit interne, c'est dire dans le respect du droit de l'Union européenne.

La CJUE juge, à cet égard, que *« le **renvoi préjudiciel en appréciation de la validité** constitue, au même titre que le recours en annulation, **une modalité du contrôle de la légalité des actes communautaires**. Par ses articles 230 CE et 241 CE, d'une part, et par son article 234 CE, d'autre part, le traité a établi un **système complet de voies de recours et de procédures** destiné à assurer le **contrôle de la légalité des actes des institutions**, en le confiant au juge communautaire (voir arrêts du 23 avril 1986, *Parti écologiste 'Les verts'/Parlement*, 294/83, Rec. p. 1339, point 23; *Foto-Frost*, précité, point 16, et du 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores*, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, point 40). (...) »*

(**CJUE, 06 Décembre 2005, Gaston Schul Douane-expediteur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselwaliteit**, aff. C-461/03, point 22)

.../...

et dit pour droit, à cette occasion:

« 1) *L'article 234, troisième alinéa, CE impose à une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de saisir la Cour de justice d'une question relative à la validité de dispositions d'un règlement même lorsque la Cour a déjà déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un règlement comparable. (...)* »

De surcroît, « *Dans le cadre du mécanisme préjudiciel, cette invocabilité 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)* » (**Jacques PERTEK**, Professeur agrégé de droit public, Avocat, Président de la Fondation pour les Etudes Européennes/Foundation for European Studies, in *Juris-Classeur fasc. 360, Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité, § 45, pp. 11-12/33*).

La nécessité de l'ouverture du **recours pour excès de pouvoir** devant le **Conseil d'Etat** aux fins de contrôler le refus de transposition d'un acte d'une institution de l'Union européenne est encore confirmée par le **refus du Conseil constitutionnel** de contrôler le respect de cette exigence constitutionnelle dans le cadre de la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** (art. **61-1** de la Constitution) qui ne saurait, dès lors, être considérée comme une voie de recours propre à assurer, de ce chef, une **protection juridictionnelle effective**:

« *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, 12 Mai 2010, n°2010-605 DC, 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**).

En outre, la QPC n'a de sens que si une loi de transposition a été votée, promulguée et appliquée, ce qui, précisément, n'est pas présentement le cas.

Il y aura lieu, de même, aux fins de permettre une transposition adéquate de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, de déterminer si ladite décision-cadre, de même que le droit primaire et dérivé de l'Union européenne s'opposent à une législation comme l'article **6 DDH** – qui a pleine valeur constitutionnelle – **tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel**, notamment dans sa **décision n°2012-647 DC** du 28 Février 2012 (*Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi – pièce n°138*).

L'interprétation du droit de l'Union européenne apparaît, également, pertinente au regard de la compétence du Conseil d'Etat et de l'**abandon de la théorie de l'acte de gouvernement** (v. infra **§ II-A-3-b-iii**).

2-3./ LA NECESSITE DE POSER A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE LA QUESTION PREJUDICIELLE DE LA VALIDITE DU PARAGRAPHE 4 DE L'ARTICLE 1er DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008, AINSI QUE LA QUESTION PREJUDICIELLE DE L'INTERPRETATION DE LADITE DECISION-CADRE ET DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE PERTINENT

668. On s'attachera, ici, à l'analyse de la **question préjudicielle de la validité** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, article **1er, § 4 (2-3-1)**, ainsi qu'à celle de la **question préjudicielle de l'interprétation** de ladite décision-cadre et du droit primaire de l'Union européenne (**2-3-2**).

2-3-1./ LA MISE EN OEUVRE NECESSAIRE DU RENVOI PREJUDICIEL AUX FINS DE DECLARATION D'INVALIDITE DU PARAGRAPHE 4 DE L'ARTICLE 1er DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008

669. Le **Conseil d'Etat** juge, quant à l'exercice du **renvoi préjudiciel** prévu désormais par l'article **267 TFUE**:

*« (...) Considérant, en premier lieu qu'il résulte tant de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment de son arrêt du 15 octobre 2002, que, dans l'ordre juridique communautaire, les **droits fondamentaux** garantis par la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** sont protégés en tant que **principes généraux du droit communautaire**; qu'il appartient en conséquence au **juge administratif**, saisi d'un moyen tiré de la **méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, de rechercher si la directive est compatible avec les **droits fondamentaux** garantis par ces stipulations; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écartier le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de **saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle**, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne; (...) » (**CE, 10 Avril 2008, Conseil National des Barreaux et autres, Conseil des Barreaux Européens**, n°296845, 296907).*

Or, en l'occurrence, il est patent, nonobstant les dénégations infondées du Ministre des Affaires étrangères et européennes que l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, permettant aux Etats membres de **limiter le champ d'application** de celle-ci aux seuls crimes « **établis par une décision définitive rendue exclusivement par une *juridiction internationale*** » est contraire à plusieurs normes du droit de l'Union européenne.

Ainsi, d'une part, la disposition litigieuse méconnaît le **jus cogens** et le **principe de sécurité juridique (2-3-1-1)**.

D'autre part, elle crée une **discrimination** dans la **protection juridictionnelle** que la décision-cadre a pour objet de procurer aux victimes du négationnisme (**2-3-1-2**).

2-3-1-1 / LA VIOLATION DU JUS COGENS ET DU PRINCIPLE DE SECURITE JURIDIQUE PAR L'ARTICLE 1er, PARAGRAPHE 4 DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008

670. La CJUE juge que, saisie d'un **renvoi préjudiciel**, elle peut, dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel, prendre en considération tous les **moyens** dont peut se prévaloir un requérant formant devant elle un **recours en annulation**, tels qu'ils sont énoncés à l'article **263 TFUE, alinéa 2** (ex-art. 230 CE, al. 2), savoir l'incompétence, la violation des formes substantielles, la violation des traités ou de toute règle relative à leur application et détournement de pouvoir (**Jacques PERTEK**, Juris-Classeur Europe Traité, fasc. 362, § 9, P; 5/32).

Ainsi, au titre de la **violation du droit**, la validité de l'acte en cause peut être examinée au regard des stipulations d'un **traité international**, en tout cas si elles sont inconditionnelles et suffisamment précises (**CJCE, 10 Janvier 2006, IATA et ELFAA**, aff. C-344/04, point 39) ou au regard du **droit international coutumier** (**CJCE, 16 Juin 1998, Racke**, aff. C-162/96).

Dans cet ordre d'idées, le **jus cogens** (« **droit contraignant** ») peut être défini comme « **une norme impérative de Droit international général, porteuse d'une valeur universelle d'intérêt vital; plus précisément** (a. 53, conv. de Vienne sur le droit des traités), **règle acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble comme une norme 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. Ant. jus dispositivum.** » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige, 8^o édition Avril 2007, v^o Jus, juris, p. 531).

Cette notion est aujourd'hui totalement incorporée à la jurisprudence internationale.

Ainsi, comme le rappelle la Doctrine (**Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET**, Droit international public, LGDJ 8^o édition 2009, § 125, pp. 224-227):

- la **Cour internationale de justice (CIJ)** a hissé au rang de **jus cogens l'interdiction du génocide** (**CIJ, 03 Février 2006, Activités armées sur le territoire du Congo – Congo/Rwanda**, § 64, confirmé dans l'affaire du Génocide, arrêt du 26 Février 2007, § 161);

- De même, la **Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)** a pareillement reconnu valeur de **jus cogens à l'interdiction du génocide**, en précisant que l'obligation de **prévenir le génocide et de réprimer le crime correspondant** constituait une **obligation erga omnes** (**CEDH, 12 Juillet 2007, Jorgic c. Allemagne**, req. N°74613/01, § 68);

- quant au **Tribunal de première instance de l'Union européenne (TPIUE)**, il affirme sa conception du **jus cogens** comme « **un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger** » (**TPIUE, 21 Septembre 2005, A.A. YUSUF e.a. c. Conseil de l'UE et Commission**, aff. T-306/01, § 277; **TPIUE, 12 Juillet 2006, C. AYADI c. Conseil de l'UE**, aff. T-235/02, § 116).

Il se dégage de ce qui précède que la norme de **jus cogens** se caractérise par sa **dimension universelle** et sa **force juridique contraignante**, attributs qui en font, en langage kantien, un **impératif catégorique** (par opposition à l'impératif hypothétique).

La présente affaire concernant la problématique des **génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre**, il y a lieu, ici, de se référer à l'arrêt de **Grande Chambre** rendu le 17 Mai 2010 (**KONONOV c/ LETTONIE**, requête n°36376/04 – *pièce n°III-58*) par lequel la **Cour européenne des droits de l'homme** rappelle que « 215. (...) dans l'**affaire du Détroit de Corfou** (52- arrêt du 9 avril 1949, CIJ Recueil 1949, pp. 4-22. Voir également le Manuel des armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique – description des 'principes fondamentaux'), la CIJ a déclaré que les obligations de faire connaître l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales et d'en avertir les navires s'en approchant étaient fondées non pas sur la huitième Convention de La Haye de 1907, qui était applicable en temps de guerre, mais sur certains '**principes généraux et bien reconnus**', tels que, en premier lieu, '**des considérations élémentaires d'humanité**', plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre. Dans l'avis consultatif 'Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires' rendu par elle ultérieurement (53- avis précité, §§ 74-87), la CIJ s'est référée aux deux '**principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire**': le premier, mentionné ci-dessus, était le principe de distinction, destiné à 'protéger la population civile et les biens de caractère civil', et, selon le second, 'il ne (fallait) pas causer des maux superflus aux combattants' (avis précité, §§ 74-87. Voir, plus particulièrement, le Code Lieber de 1863, articles 15 et 16, la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, préambule, le Manuel d'Oxford de 1880, préface et article 4, la Convention de La Haye de 1907, préambule). S'appuyant expressément sur la **Clause de Martens**, la CIJ a fait remarquer que c'était sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés étaient si fondamentales pour '**le respect de la personne humaine**' et pour des '**considérations élémentaires d'humanité**' que les **Conventions de La Haye** et de **Genève** étaient devenues '**des principes intransgressibles du droit international coutumier**' dès le procès de Nuremberg. Ces principes, y compris la **Clause de Martens**, constituaient pour elle des **normes juridiques à l'aune desquelles les tribunaux devaient apprécier les actes accomplis dans un contexte de guerre** (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis précité, § 87, Le Procureur c. Kupreskic et consorts, IT-95-16-T, jugement du 14 janvier 2000, §§ 521-536, Chambre de première instance du TPIY, et Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 7 juillet 2004, CIJ, Recueil 2004, § 157). (...) »

La référence aux normes précitées et notamment la **Quatrième Convention de La Haye** du 18 Octobre 1907 a, ainsi, conduit la **Cour européenne des droits de l'homme** réunie en **Grande Chambre**, à l'occasion du jugement de la requête de **Monsieur Vassili KONONOV** à estimer « *que la condamnation du requérant pour crimes de guerre n'a pas emporté violation de l'article 7 § 1 de la Convention.* », alors même que **soixante ans** séparaient les crimes (27 Mai 1944) de la condamnation (30 Avril 2004), et ce, en application parfaite de la **Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité** adoptée le 26 Novembre 1968 par l'Assemblée générale des Nations Unies, aux termes de laquelle les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime de génocide, « *tel qu'il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis.* » « *sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis* » (art. 1er).

Le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier la condamnation pour **crimes de guerre** de Monsieur Vassili KONONOV, sur le fondement du **droit international** (notamment sur le **Règlement de La Haye de 1907**) soixante ans après les faits, s'appuyant sur la **non-prescription des poursuites** et sur l'**accessibilité** et la **prévisibilité suffisantes** des infractions poursuivies en raison du caractère **manifestement illégal** des violations par le requérant des **lois et coutumes de la guerre** peut a fortiori être transposé au cas des dirigeants turcs responsables du **Génocide Arménien de 1915** (spécialement TALAAT, ENVER, DJEMAL et NAZIM).

En effet, la sous-commission de la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions, dite « *Commission des quinze* », au cours de la **Conférence de la Paix de Paris de 1919**, avait, dans son rapport final du 29 Mars 1919 rédigé sous la présidence du juriste belge **ROLIN-JACQUEMYS**, retenant l'existence à l'encontre de la Turquie de « *violations des lois de l'humanité* », préconisé le renvoi des responsables turcs de l'extermination des Arméniens devant un **Haut-Tribunal international**, devant statuer, suivant la **clause de Martens**, « *d'après les principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre les nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* » (v. **Jean-Baptiste RACINE**, Professeur de droit privé à l'Université de Nice - Sophia Antipolis, *Le génocide des Arméniens, origine et permanence du crime contre l'humanité*, Dalloz, 2006, § 32, p. 15).

On doit rappeler, à ce propos, le préambule de la **Quatrième Convention de La Haye du 18 Octobre 1907** concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, adoptée **huit ans avant** la perpétration par la Turquie du Génocide Arménien:

« Considérant que, tout en recherchant les moyens de sauvegarder la paix et de prévenir les conflits armés entre les nations, il importe de se préoccuper également du cas où l'appel aux armes serait amené par des événements que leur sollicitude n'aurait pu détourner;

Animés du désir de servir encore, dans cette hypothèse extrême, les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation;

Estimant qu'il importe, à cette fin, de réviser les lois et coutumes générales de la guerre, soit dans le but de les définir avec plus de précision, soit afin d'y tracer certaines limites destinées à en restreindre autant que possible les rigueurs;

Ont jugé nécessaire de compléter et de préciser sur certains points l'oeuvre de la Première Conférence de la Paix qui, s'inspirant, à la suite de la Conférence de Bruxelles de 1874, de ces idées recommandées par une sage et généreuse prévoyance, a adopté des dispositions ayant pour objet de définir et de régler les usages de la guerre sur terre.

Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations.

Il n'a pas été possible toutefois de concerter dès maintenant des stipulations s'étendant à toutes les circonstances qui se présentent dans la pratique;

☒ D'autre part, il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissées à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées.

☒ En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des **principes du droit des gens**, tels qu'ils résultent des **usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.**

☒

Elles déclarent que c'est dans ce sens que doivent s'entendre notamment les articles 1 et 2 du Règlement adopté. (...) »,

le huitième paragraphe de la citation susvisée déjà présent dans la **Convention de La Haye de 1899** étant connu sous le nom de « *clause de Martens* ».

Dans l'arrêt de Grande Chambre précité, la Cour européenne des droits de l'homme évoque, en outre, des faits concernant directement le **Génocide Arménien de 1915**:

« (...) **B. Les lois et coutumes de la guerre avant la Seconde Guerre mondiale**

(...)

8. Le Traité de Sèvres de 1920

95. **Le Traité de Sèvres** (l'accord de paix entre les Alliés et la Turquie après la Première Guerre mondiale) renfermait des dispositions (articles 226 à 230) similaires à celles du Traité de Versailles concernant la **poursuite par les Alliés devant les tribunaux militaires de responsables turcs accusés de violations des lois et coutumes de la guerre**. Jamais ratifié, ce traité fut finalement remplacé par une déclaration relative à l'amnistie signée à Lausanne le 24 juillet 1923 par la France, la Grande-Bretagne, la Grèce, l'Italie, le Japon, la Roumanie et la Turquie qui prévoyait que la Grèce et la Turquie accordaient 'une amnistie pleine et entière (pour tous crimes et délits commis (...) en connexion évidente avec les événements politiques survenus pendant cette période' (1er août 1914 – 20 novembre 1922)

(...)

C. La pratique avant la Seconde Guerre mondiale

(...)

103. Le Royaume-Uni déploya des efforts considérables pour **poursuivre des officiers turcs pour mauvais traitements à l'égard de prisonniers de guerre ainsi que pour d'autres crimes commis pendant la Première Guerre mondiale**. Considérant que les crimes en cause ne 'relevaient pas du droit local' mais étaient régis par '**les coutumes de la guerre et les règles du droit international**', il était favorable à ce que ces poursuites fussent menées devant des cours martiales britanniques créées dans les territoires occupés (4- **Dadrian, Vahakn N., Genocide as a problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications, Yale Journal of International Law, 14, 1989, pp. 221-334**). Un certain nombre de cours martiales furent établies en 1919, mais en raison de développements internes à la Turquie elles ne purent fonctionner.

*Des **cours martiales turques** furent aussi constituées et, bien que les inculpations fussent fondées sur le code pénal turc, les **condamnations prononcées** par elles s'appuyaient sur les notions d'**'humanité'** et de **'civilisation'**. Ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, le **Traité de Lausanne de 1923** mit fin à ces poursuites.*

(...) »

De surcroît, dans la même décision, la Cour de Strasbourg rappelle la référence expresse par le **Tribunal militaire international de Nuremberg (TMI)** à la **Quatrième Convention de La Haye** du 18 Octobre 1907:

« (...)

D. La répression des crimes de guerre durant la Seconde Guerre mondiale

(...)

E. Les procès tenus devant les tribunaux militaires internationaux (ci-après 'TMI') après la Seconde Guerre mondiale pour des actes commis durant cette guerre

(...)

4. *Le jugement du TMI de Nuremberg*

118. Le jugement soulignait le caractère coutumier de la Convention et du Règlement de La Haye de 1907:

'Le Statut lie le Tribunal quant à la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité. Mais, dès avant le Statut les crimes de guerre énumérés par l'article 6, b tenaient du Droit international leur qualification de crimes de guerre. Ils étaient prévus par les articles 46, 50, 52 et 56 de la Convention de La Haye de 1907, et par les articles 2, 3, 4, 46 et 51 de la Convention de Genève de 1929. Il n'est pas douteux que la violation de ces textes constitue un crime, entraînant un châtement.

On a prétendu écarter, en l'occurrence, la Convention de La Haye. On s'est prévalu, à cet effet, de la clause de 'Participation générale' (article 2) (...)

Or plusieurs des nations qui participèrent à la dernière guerre n'avaient pas signé la Convention.

Le Tribunal juge inutile de trancher cette question. Les règles de la guerre terrestre contenues dans la Convention réalisaient certes un progrès du Droit international. Mais il résulte de ses termes mêmes, que ce fut **une tentative 'pour réviser les lois générales et les coutumes de la guerre', dont l'existence était ainsi reconnue.** En 1939, ces règles, contenues dans la Convention, étaient admises par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme **l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre** auxquelles l'article 6, b du Statut se réfère.'

119. Dans sa partie intitulée 'Le Statut devant le Droit', le jugement précisait au sujet des crimes contre la paix:

'La Convention de La Haye de 1907 proscrivait l'emploi dans la conduite de la guerre, de certaines méthodes. Elle visait le traitement inhumain des prisonniers, l'usage illégal du drapeau parlementaire, d'autres pratiques du même ordre. Le caractère illicite de ces méthodes avait été dénoncé longtemps avant la signature de la Convention; mais c'est depuis **1907** qu'on

.../...

les considère comme des **crimes passibles de sanctions en tant que violant les lois de la guerre**. Nulle part, cependant, la Convention de La Haye ne qualifie ces pratiques de criminelles; elle ne prévoit aucune peine; elle ne porte mention d'aucun tribunal chargé d'en juger et punir les auteurs. Or, depuis nombre d'années, les tribunaux militaires jugent et punissent des personnes coupables d'infractions aux règles de la guerre sur terre établies par la Convention de La Haye. (...) En interprétant le Pacte (Briand-Kellog), il faut songer qu'à l'heure actuelle, le Droit International n'est pas l'oeuvre d'un organisme législatif commun aux Etats. Ses principes résultent d'accord, tels que le Pacte (Briand-Kellog), où il est traité d'autres choses que de matières administratives, et de procédure. Indépendamment des traités, les lois de la guerre se dégagent **d'us et coutumes progressivement et universellement reconnus**, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires. Ce droit n'est pas immuable, il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant. **Souvent, les traités ne font qu'exprimer et préciser les principes d'un droit déjà en vigueur.**

(...) »

Il n'est pas inutile de rappeler, à cet égard, les termes de l' « *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire signé à Londres le 08 Août 1945* » (ci-après « *l'Accord de Londres* »):

« *Considérant que les Nations Unies ont, à diverses reprises, proclamé leur intention de traduire en justice les criminels de guerre;*

Considérant que la Déclaration publiée à Moscou le 30 octobre 1943 sur les atrocités allemandes en Europe occupée a spécifié que les officiers et soldats allemands et les membres du parti nazi qui sont responsables d'atrocités et de crimes, ou qui ont pris volontairement part à leur accomplissement, seront renvoyés dans les pays où leurs forfaits abominables ont été perpétrés, afin qu'ils puissent être jugés et punis conformément aux lois de ces pays libérés et des Gouvernements libres qui y seront établis;

Considérant que cette Déclaration était faite sous réserve du cas des grands criminels, dont les crimes sont sans localisation géographique précise et qui seront punis par une décision commune des Gouvernements alliés;

En conséquence, le Gouvernement Provisoire de la République Française et les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques (dénommés ci-après « les Signataires »), agissant dans l'intérêt de toutes les Nations Unies, ont, par leurs Représentants dûment autorisés, conclu le présent Accord:

Article premier

Un Tribunal Militaire International sera établi, après consultation avec le Conseil de Contrôle en Allemagne, pour juger les criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation géographique précise, qu'ils soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes, ou à ce double titre.

Article 2

La constitution, la juridiction et les fonctions du Tribunal Militaire International sont prévues dans le statut annexé au présent Accord, ce statut formant partie intégrale de l'Accord.

(...)

STATUT DU TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL

I.- CONSTITUTION DU TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL

Article premier

En exécution de l'Accord signé le 8 août 1945 par le Gouvernement Provisoire de la République Française et les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, un Tribunal Militaire International (dénommé ci-après 'le Tribunal') sera créé pour juger et punir de façon appropriée et sans délai, les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe.

(...)

II.- JURIDICTION ET PRINCIPES GENERAUX

Article 6

*Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'article 1er ci-dessus pour le **jugement et le châtiement** des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants.*

*Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une **responsabilité individuelle**:*

(a) 'Les Crimes contre la Paix' (...)

(b) 'Les Crimes de Guerre' (...)

*(c) 'Les Crimes contre l'Humanité': c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre **toutes populations civiles**, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.*

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan. (...) »

.../...

Il ressort de ce texte que:

1°) D'une part, face aux « *atrocités allemandes en Europe occupée* », les quatre Puissances alliées vainqueurs de l'Allemagne hitlérienne ont décidé, **conventionnellement**, en dehors de tout mandat exprès des Nations Unies dont l'acte de naissance avait été signé à San-Francisco le 26 Juin 1945 (Charte des Nations Unies entrée en vigueur le 24 Octobre 1945), de traduire les « *grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe* » « *dont les crimes sont sans localisation géographique précise* » devant un **tribunal ad hoc**, dit « *Tribunal Militaire International* » compétent pour les « *juger et punir de façon appropriée et sans délai* ».

2°) D'autre part, c'est l'**Accord de Londres** lui-même qui, se dispensant de tout acte d'accusation d'un procureur, **établit et qualifie irrévocablement les faits**, de même qu'il dresse souverainement l'**acte de saisine** du Tribunal Militaire International (ci-après « **TMI** »), qui n'a pour tâche que d'identifier les auteurs des « *Crimes contre la Paix* », « *Crimes de Guerre* » et « *Crimes contre l'Humanité* », lesquels devront être **nécessairement punis** (« *juger et punir toutes personnes qui (...) auront commis (...) l'un quelconque des crimes suivants* »), l'emploi du **futur antérieur** attestant que les crimes **préexistent** à la date du 08 Août 1945, le TMI, de surcroît, se reconnaissant lui-même, dans son jugement, lié par le Statut « *quant à la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité* ».

Plus récemment, il est encore significatif de relever que c'est le **Conseil de Sécurité des Nations Unies** – agissant à la manière d'un **législateur mondial** - qui, par:

- sa **résolution 827** du 25 Mai 1993 a institué le « *Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991* » (pièce n°117);

- sa **résolution 955** du 08 Novembre 1994 a créé le « *Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'Etats voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994* » (pièce n°118).

C'est dire que, de même que les exactions des grands criminels de guerre des Puissances de l'Axe **n'ont pas été établies par le TMI de Nuremberg**, mais **par l'Accord de Londres** lui-même qui l'avait institué, les **crimes contre l'humanité** commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda en 1993 et 1994 **n'ont pas davantage été établis par une juridiction internationale** qui n'avait compétence que pour « *juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire* » (article 1er des Statuts respectifs du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda), mais bien par un organisme international, en l'occurrence le **Conseil de Sécurité des Nations Unies**, agissant, au vu de **rapports d'experts indépendants**, comme l'auraient fait un **Parlement national** (la France avec les lois n°2001-70 et 2001-434 des 29 Janvier et 21 Mai 2001, au demeurant **parfaitement normatives**, contrairement à certaines fausses croyances diffusées par des esprits querelleurs) ou l'**Assemblée législative** d'une organisation régionale, comme le **Parlement européen** avec sa **résolution** du 18 Juin 1987 sur la question arménienne, Parlements qui tous jouissent d'un **pouvoir de délibération général**.

.../...

Quant à la **compétence** – savoir « *l'aptitude à connaître d'une affaire* » (Vocabulaire juridique Gérard CORNU, PUF Quadriga Avril 2007, v° compétence, p. 189) - de tels **organes législatifs** – ou ceux qui en ont tenu lieu, comme les quatre puissances victorieuses en 1945, eu égard aux circonstances exceptionnelles de leur intervention – pour **établir** des faits de l'histoire, elle n'est pas sérieusement contestable.

En effet, selon la définition communément admise (Dictionnaire culturel en langue française Le Robert, 2005, ss la dir. d'Alain REY, v° Etablir, p. 682), **établir** c'est « *faire apparaître, faire reconnaître comme sûr, incontestable* », mais aussi « *poser, déterminer, fixer* ».

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-Préameneu 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*), 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 **qualifié 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**.

On rappelle, à cet égard, que **le jugement analytique** est celui où le prédicat est compris dans le sujet: « *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 SYNTHÉTIQUES »

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** en explicitant les **valeurs** dont il est le dépositaire naturel (il est interdit de voler) 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** lorsque, comme en l'espèce, elle relève du **JUS COGENS**.

Reconnus par la loi, le **Génocide Arménien** et l'**Esclavage** constituent, chacun, 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 de la loi – et ne se transforme pas en législateur.

On relèvera, en outre, qu'après **promulgation** qui est « *l'acte par lequel le Président de la République atteste l'existence de la loi et donne ordre aux autorités publiques de l'observer et de la faire observer. (...)* » et qui « *donne sa date à la loi dont le Président a vérifié qu'elle était bien conforme au texte voté par le Parlement* » (Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Dalloz, 1ère édition 2012, annotations et commentaires par **Michel LASCOMBE**, Professeur à l'IEP de Lille, Université de Lille Nord de France, Droits et perspectives du Droit EA n°4487, comm. ss art. 10 de la **Constitution du 04 Octobre 1958**, p. 403), la **normativité de la loi** ne saurait être mise en doute dès lors que le décret de promulgation est, en l'état du droit positif, considéré comme un **acte de gouvernement** dont la légalité ne peut pas être contestée devant le **Conseil d'Etat (CE, 03 Novembre 1933, Desreumeaux: Lebon 993; S. 1934. 9, note Alibert; D. 1933. 36, note Gros; RD publ. 1934. 649, note Jèze)**.

Le décret de promulgation qui constitue, donc, l'**acte de naissance** de la loi, imprime à celle-ci, de façon **irrévocable**, en l'**actualisant**, la **normativité** dont elle était investie **potentiellement** dès après le vote définitif et qui devient, ainsi, **opposable** à tous les pouvoirs publics, toutes les juridictions, ainsi qu'à toutes les personnes placées sous la juridiction de la France.

La **promulgation** répond, ce faisant, « *au besoin de mettre hors de doute et au-dessus de toute contestation, soit la formation complète, soit la teneur de la loi* » (**Raymond CARRE de MALBERG**, « *La loi expression de la volonté générale* », Economica, Collection « Classiques » Série politique et constitutionnelle, préface de Georges BURDEAU, Professeur honoraire à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, p. 147).

*

En ce qui concerne l'**établissement** et la **qualification juridique de faits** par une organisation internationale ou un Parlement national, il est pertinent de se référer à l'arrêt du **Tribunal fédéral suisse du 12 Décembre 2007** (aff. PERINCEK) :

« (...) **4.2** *En ce qui concerne le point de fait déterminant, le tribunal de police a fondé sa conviction non seulement sur l'existence de **déclarations de reconnaissance politiques**, forgée sur la base de l'avis d'experts (notamment un **collège d'une centaine d'historiens en ce qui concerne l'Assemblée nationale française lors de l'adoption de la loi du 29 janvier 2001**) ou de **rapports qualifiés de fortement argumentés et documentés (Parlement européen)**. Aussi, en plus de s'appuyer sur l'existence de reconnaissances politiques, cette argumentation constate, dans les faits, l'**existence d'un large consensus de la communauté**, que traduisent les **déclarations politiques**, et qui repose lui-même sur un **large consensus scientifique sur la qualification des faits de 1915 comme génocide**. On peut y ajouter, dans le même sens, que lors du débat qui a conduit le Conseil national à reconnaître officiellement le génocide arménien, il a été fait référence aux **travaux de recherche internationaux publiés sous le titre 'Der Völkermord an den Armeniern und die Shoah'** (BO/CN 2003 2017; intervention Lang). Enfin, le **génocide arménien** constitue l'un des exemples présentés*

.../...

comme '*classiques*' dans la littérature générale consacrée au **droit pénal international**, respectivement à la **recherche sur les génocides** (v. Marcel Alexander Niggli, *Rassendiskriminierung*, n. 1418 s., p. 440 et les très nombreuses références citées; v. aussi n. 1441 p. 446 et les références). (...) »

C'est bien cette méthodologie consistant à recourir aux **travaux d'experts indépendants** qu'a utilisée le Conseil de Sécurité des Nations Unies pour adopter les résolutions **827** et **955** précitées sur l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, **après la commission des crimes**.

De même, comme le rappelle le **Tribunal fédéral suisse**, à l'occasion du jugement de l'affaire susmentionnée, l'existence d'une décision d'une juridiction internationale ne peut être le seul critère d'identification d'un crime contre l'humanité, qu' « *un consensus général, scientifique notamment* » suffit à caractériser:

« **4.3** Dans la mesure où l'argumentation du recourant tend à contester l'existence d'un génocide ou la qualification juridique des événements de 1915 comme génocide – notamment en soulignant l'absence de jugement émanant d'un tribunal international ou de commissions spécialisées, respectivement l'absence de preuves irréfutables établissant que les faits correspondant aux conditions objectives et subjectives posées par l'art. 264 CP ou à celles de la Convention ONU de 1948, en soutenant qu'il n'y aurait en l'état que trois génocides internationalement reconnus -, **elle est sans pertinence pour la solution du litige**, dès lors qu'il s'agit de déterminer tout d'abord s'il existe un **consensus général, historique en particulier**, suffisant pour exclure du débat pénal sur l'application de l'art. 261Bis al. 4 CP le débat historique de fond sur la qualification des événements de 1915 comme génocide. Il en va de même en tant que le recourant reproche à la cour cantonale d'être tombée dans l'arbitraire en n'examinant pas les moyens de nullité soulevés dans le recours cantonal, en relation avec les mêmes faits et les mesures d'instruction qu'il avait requises. Il n'y a donc lieu d'examiner son argumentation qu'en tant qu'elle porte spécifiquement sur la constatation de ce **consensus**. (...)

Ce rappel historique permet de se convaincre aisément qu'à la différence d'un crime de droit commun jugé par une juridiction nationale chargée d'établir, en phase de jugement, selon le **principe de la légalité des délits et des peines**:

1°) la **réalité** des faits poursuivis;

2°) leur **qualification pénale** au regard de la loi pénale en vigueur (l'action publique pour l'application de la peine s'éteignant notamment avec la mort de l'accusé et la prescription – art. 6 du Code de procédure pénale français),

3°) leur **imputabilité** à la personne poursuivie,

les **crimes contre l'Humanité** susvisés, qui sont des crimes internationaux (**faits internationalement illicites**), en tant qu'ils intéressent le genre humain dans son entier, **faute de juridiction compétente préexistant à leur commission**, sont **irrévocablement établis a posteriori, en leur étendue spatio-temporelle par l'organe législatif**, l'organe juridictionnel étant seulement chargé de **juger** les personnes déférées devant lui et présumées coupables de tels crimes imprescriptibles, les trois questions susmentionnées se résumant à celle de son **imputabilité**.

En effet, il n'entre pas dans la mission du juge d'édicter des **normes générales** valant **erga omnes** - comme peut le faire le législateur national, régional ou international -, mais seulement des **normes individuelles** consistant essentiellement, après avoir été créé, installé et habilité par la Constitution ou des Statuts internationaux, ou tout autre texte fondamental équivalent, à décider de **l'imputation** à une ou plusieurs personnes déterminées de **faits juridiques** entrant dans sa compétence et dans sa saisine et à définir l'étendue de la **responsabilité civile et/ou pénale** qu'ils impliquent.

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

De même que ne sauraient être sérieusement discutables, au regard de l'article 24 de la **Charte des Nations Unies** lui confiant « *la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales* », ni la compétence ni la légitimité du **Conseil de Sécurité** des Nations Unies aux fins d'**établir** les faits commis sur les territoires respectifs de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, de les **qualifier juridiquement** d' « *actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire* » et d'en confier le jugement à des **Tribunaux ad hoc**, de même ne sont pas davantage contestables la compétence du **Parlement français** ou sa légitimité pour hisser au rang de **norme législative** tant la reconnaissance du **Génocide Arménien**, que celle de **l'Esclavage**, crimes contre l'humanité que la France a, pour le premier, officiellement **dénoncé en flagrance** dès le 24 Mai 1915 et dont elle entend, pour le second, assumer pleinement la responsabilité morale en rendant justice à ses victimes sur plusieurs générations.

Il est évident, dans ces conditions, que les deux lois françaises des 29 Janvier et 21 Mai 2001 relèvent de **l'éthique humanitaire** et du **jus cogens** – qualifications beaucoup plus exactes que la condescendante et fausse appellation de « *lois mémorielles* » - en tant qu'elles tendent à **restaurer la dignité** des victimes en leur reconnaissant un **statut officiel au sein de la communauté nationale** (facteur de **résilience**) et **prévenir la commission d'autres crimes contre l'humanité**, au sens de la Convention de l'ONU du 09 Décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Concernant les relations entre la **France** et le **Génocide Arménien**, elles se résument selon la chronologie suivante :

Le **24 Mai 1915**, la France **dénonce le crime flagrant**.

Le **29 Janvier 2001**, la France **établit** juridiquement le **crime imprescriptible**.

Le **23 Janvier 2012**, la France se donnait les moyens juridiques de **sanctionner la continuation du crime**, savoir sa **négation**.

Dès lors que le but poursuivi par la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 est de rendre punissables par les vingt-sept (vingt-huit depuis le 1er Juillet 2013) Etats membres de l'Union européenne, dans leurs législations pénales respectives notamment la **négation et la banalisation grossière publiques** de crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis par les articles **6 à 8** du Statut de la CPI, pour ceux de ces crimes incontestables – comme le **Génocide Arménien** et l'**Esclavage** - dont les auteurs décédés ne peuvent plus être condamnés par une **juridiction nationale ou internationale**, le critère du jugement d'une telle juridiction n'est **ni nécessaire ni suffisant**.

Le critère **exclusif** tiré d'une décision définitive d'une juridiction nationale ou internationale établissant les faits de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre ne répond à **aucune vocation universelle** et ne peut, à l'évidence, pas atteindre l'objectif que s'est assigné le Conseil de l'Union, savoir assurer sur tout le territoire de l'Union une **protection juridictionnelle effective** contre le négationnisme qui procède du racisme et de la xénophobie.

Quant aux faits dont la qualification de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre n'aurait été établie ni par une **norme législative** ni par un **consensus suffisant**, il y aurait lieu pour le juge chargé de statuer sur des faits de négationnisme de surseoir à statuer et de poser la **question préjudicielle** d'une telle qualification au sens des articles **6 à 8** du Statut de Rome.

De plus, s'agissant d'atteintes à des **valeurs fondamentales et universelles d'humanité** et de **civilisation**, les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre sont réputés suffisamment définis dans la **conscience de chaque individu** (**CEDH, Grande Chambre, arrêt KONONOV** du 17 Mai 2010) et dont l'existence est susceptible de faire l'objet d'un **consensus**, sans même support législatif (**Tribunal fédéral suisse, arrêt PERINCEK** du 12 Décembre 2007, § **4.6** – *pièce n°87* – approuvant la condamnation pour **négationnisme** de Dogu PERINCEK, sur le fondement de l'article **261 bis, al. 4** du Code pénal suisse, par le Tribunal de police au vu d' « *un consensus général, scientifique notamment, sur la qualification des faits de 1915 comme génocide* »).

C'est à ce **socle irréductible de principes intransgressibles du droit international humanitaire** - qui inspira **Raphaël LEMKIN** en 1944 lorsqu'il proposa le néologisme de « **génocide** ») - que se référaient les trois puissances de l'Entente (France, Angleterre et Russie) dans leur **déclaration commune** du 24 Mai 1915, à l'adresse de la Turquie dirigée par les « Jeunes Turc »:

« Les gouvernements de France, d'Angleterre et de Russie ont décidé en commun accord de faire les déclarations suivantes:

Depuis un mois, les populations turque et kurde, de concert avec les agents du gouvernement turc, et souvent avec leur aide, sont en train de massacrer les Arméniens. En particulier, des massacres ont eu lieu vers la mi-avril, à Erzeroum, Terdjan, Bitlis, Mouch, Sassoun, Zeïtoun et dans toute la Cilicie.

Dans les environs de Van, la population de cent villages a été massacrée en masse. Le gouvernement turc est aussi en train de persécuter la population arménienne inoffensive de la capitale. En présence de ces nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation, les gouvernements alliés font savoir publiquement à la Sublime Porte qu'ils tiendront personnellement responsables les membres du gouvernement ottoman ainsi que ceux de ses agents qui se trouveraient impliqués dans de pareils massacres. »,

déclaration que la **loi française** n°2001-70 du 29 Janvier 2001 est venue réaffirmer **solennellement et juridiquement**.

Ainsi, il résulte de ce qui précède que le **critère exclusif arbitrairement retenu** par le Conseil de l'Union européenne, à l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008, de l'existence d'un jugement rendu par une juridiction nationale ou internationale aux fins d'établir un **crime contre l'humanité**, ne rend absolument pas compte de la **nature spécifique** d'un tel crime contre l'Humanité.

En d'autres termes, eu égard à leur caractéristique procédurale singulière d'être **imprescriptibles** (article **213-5** du Code pénal français), « *quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis* » (article **1er** de la **Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité** du 26 Novembre 1968), les **crimes contre l'humanité survivent à leurs auteurs disparus**. Ils ne s'éteignent pas avec la mort de ceux-ci. L'impossibilité de poursuivre les génocidaires n'enlèvent en rien aux faits leur qualification de génocide qui reste inscrite de façon **indélébile** dans la **mémoire collective de l'Humanité**.

C'est dire que le Conseil de l'Union européenne - **présidé par la France** – qui, spécialement, à ce titre, ne pouvait manifestement pas ignorer l'existence tant du **Génocide Arménien** (reconnu notamment par la **résolution** du **Parlement européen** du 18 Juin 1987 et la **loi française** n°2001-70 du 29 Janvier 2001) que de l'**Esclavage** (reconnu en tant que crime contre l'Humanité par la **loi française** n°2001-434 du 21 Mai 2001), ne jouissait d'**aucune marge de manoeuvre** pour choisir arbitrairement, comme il l'a fait le 28 Novembre 2008, de limiter le bénéfice de la protection juridictionnelle contre le négationnisme selon un critère (existence d'une décision définitive d'une juridiction nationale et/ou internationale) **excluant précisément les deux crimes contre l'humanité susvisés** du champ d'application de la décision-cadre.

Le renvoi, par l'article **1er, § 1, c)** de la décision-cadre, pour la définition des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre susceptibles, à l'instar de ceux définis à l'article **6** du **Statut du TMI de Nuremberg** (article **1er, § 1, d)** de la décision-cadre) d'« *apologie, négation ou () banalisation grossière publiques* », aux articles **6, 7 et 8** du **Statut de Rome de la Cour pénale internationale** (ci-après « **CPI** ») du 17 Juillet 1998, entré en vigueur le 1er Juillet 2002, était **suffisamment explicite** quant aux crimes visés pour interdire à l'institution communautaire et aux Etats membres d'en limiter le champ d'application.

En effet, d'une part, dans son préambule, le **Statut de la CPI** rappelle notamment « *qu'au cours (du vingtième) siècle des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine* », cette référence historique visant notamment le **Génocide Arménien de 1915**.

De deuxième part, dans le même préambule, les Etats signataires se déclarent « *Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à **concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes*** ».

De troisième part, rien dans les trois textes de références du Statut de la CPI (art. **6 à 8**) ne permet d'affirmer qu'au sens de ces textes sont des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre seuls les faits commis **après l'entrée en vigueur** dudit Statut dès lors que la **compétence ratione temporis** de la CPI fait l'objet d'un **article distinct**, savoir l'article **11 qui n'est pas visé** par la décision-cadre pour définir les crimes objet du négationnisme.

Cette solution est confirmée par l'article **24** du même Statut intitulé « ***Non-rétroactivité ratione personae*** » aux termes duquel:

« 1. *Nul n'est pénalement responsable, en vertu du présent Statut, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du Statut. (...)* »

Est, ainsi, dissociée dans le Statut, la **compétence** de la Cour (Chapitre II) à l'égard des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, des **modalités de poursuite** de leurs auteurs dans le respect des « *Principes généraux du droit pénal* », notamment le principe de « *Non-rétroactivité ratione personae* » (Chapitre III, art. **24**).

La définition des crimes relevant de la compétence de la Cour opérée par les article **6 à 8** du Statut et dont l'article **29** précise qu'ils « *ne se prescrivent pas* » est donc **totalément indépendante** de leur poursuite effective, étant rappelé que selon le Préambule et l'article 1er du Statut, la CPI est « *complémentaire des juridictions criminelles nationales* » et que, selon le même Préambule, le devoir de chaque Etat est « *de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux* ».

Dès lors, l'auteur présumé d'un génocide qui aurait été commis entre le 1er Mars 1994, date d'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal français et le 1er Juillet 2002, date d'entrée en vigueur du Statut de la CPI, pourrait échapper à des poursuites devant cette juridiction internationale incompétente pour en connaître, mais pas nécessairement à celles qu'exerceraient contre lui les autorités judiciaires françaises sur le fondement des articles **211-1** et suivants du Nouveau Code pénal.

Il est évident, dans cette situation, que l'impossibilité de traduire cette personne devant la CPI n'effacerait pas, pour autant, la qualification de **génocide** au sens de l'article **6** du Statut de Rome, concernant les faits dont elle serait accusée en France.

La **négation et la banalisation grossière publiques** de ce génocide devraient donc entrer dans le champ d'application de la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

Comme le juge la **Cour Internationale de Justice**, il y a lieu de prendre résolument acte de « *la différence fondamentale entre, d'une part, l'existence et la force contraignante d'obligations résultant du droit international et, d'autre part, l'existence d'une cour ou d'un tribunal compétent pour résoudre des différends relatifs au respect de ces obligations. Le fait qu'une telle cour ou un tel tribunal n'existe pas ne signifie pas que les obligations n'existent pas. Elles conservent leur validité et leur force juridique. Les Etats sont tenus de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit international, notamment du droit international humanitaire, et demeurent responsables des actes contraires au droit international qui leur sont attribuables.* »

(Voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*; compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 52-53, par. 127).

149. *Que la Cour tire sa compétence de l'article IX de la Convention et que les différends qui relèvent de cette compétence portent sur l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention n'a pas nécessairement pour conséquence que seule doive entrer en ligne de compte cette convention. Afin de déterminer si, comme le soutient le demandeur, le défendeur a violé l'obligation qu'il tient de la Convention et, s'il y a eu violation, d'en déterminer les conséquences juridiques, la Cour fera appel non seulement à la **Convention proprement dite**, mais aussi **aux règles du droit international général** qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour **fait internationalement illicite**. (...)*

(**CIJ, 26 Février 2007, Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro**, n°91, §§ 148 et 149, p. 56).

Il y a lieu, partant, de distinguer selon que les crimes objet du négationnisme ont été commis **avant ou après l'entrée en vigueur** du Statut de la CPI:

- Ainsi, pour ceux de ces crimes qui ont été commis à **partir du 1er Juillet 2002**, la CPI étant compétente pourra, le cas échéant, être conduite à juger qu'ils sont constitutifs de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre et les imputer aux personnes déférées devant elle. Ici, le critère de l'existence d'une « *décision définitive rendue par une juridiction internationale* » est pertinent dès lors qu'il va permettre d'identifier les crimes qui feraient, à **l'avenir**, l'objet d'une négation ou d'une contestation grossière publiques, au sens de l'article **1er, paragraphe 1, c)** de la décision-cadre.

- En revanche, concernant les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre qui ont jalonné l'histoire de l'Humanité, **commis avant le 1er Juillet 2002**, la CPI n'est pas compétente, aux termes de l'article **11** de son Statut, pour en connaître. Les auteurs de ces crimes qui n'auraient pas déjà été jugés par d'autres juridictions internationales (par exemple, TMI de Nuremberg, Tribunaux internationaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda) ne seraient justiciables, **s'ils étaient encore vivants**, que de **juridictions nationales**. Pour autant, leurs forfaits abominables n'en seraient pas moins réels et encore après leur mort. Il en résulte, que dans cette hypothèse, le critère retenu par l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre **n'est absolument pas pertinent** dès lors qu'il heurte de front la **vocation universelle** du **jus cogens** dont procède les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, de même que les normes destinées à combattre par le droit pénal leur négation et banalisation grossière publiques, comme l'indique l'exposé des motifs de la décision-cadre auquel, manifestement, l'article **1er paragraphe 4** se trouve étranger.

Dès lors, en renvoyant, par l'article **1er, paragraphe 1, c)**, aux articles **6 à 8** du Statut de la CPI, à **vocation universelle**, le Conseil de l'Union européenne n'a pu, à l'évidence, avoir pour volonté d'exclure certains génocides ou crimes contre l'humanité du champ d'application de la décision-cadre qu'il a adoptée le 28 Novembre 2008, crimes dont la **définition ratione materiae** seule et **non ratione temporis ni ratione loci** a été empruntée audit Statut et à laquelle répondent parfaitement le **Génocide Arménien** et l'**Esclavage**, par essence **imprescriptibles**.

En outre, comme l'énonce justement l'arrêt du **Tribunal Fédéral suisse** dans l'arrêt PERINCEK précité du 12 Décembre 2007 (§ 6), « **La répression de la négation d'un génocide constitue enfin une mesure de prévention des génocides au sens de l'art. I de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide conclue à New-York le 9 décembre 1948, approuvée par l'Assemblée fédérale le 9 mars 2000 (RS 0.311.11)** », ce qui correspond également à l'**objectif** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 qui est de « **faire en sorte que les infractions racistes et xénophobes soient à tout le moins passibles dans tous les Etats membres d'un niveau minimum de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives** » (considérant **13**).

Au demeurant, si le dixième considérant de la décision-cadre précise que celle-ci « **n'empêche pas un Etat membre d'adopter des dispositions de droit interne étendant le champ d'application de l'article 1er, paragraphe 1, point c) et d), aux crimes visant un groupe de personnes défini par des critères autres que la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, tels que le statut social ou les convictions politiques** », nul considérant de la même décision-cadre ne prévoit, à l'inverse, la possibilité pour un Etat membre de **réduire le champ d'application** de cette norme communautaire, comme le fait curieusement son article **1er, paragraphe 4** litigieux qu'à l'évidence **nul motif ne supporte**.

De plus, la clause de réserve de l'article **1er, paragraphe 4** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 se révèle **incompatible** avec l'objectif « **de rapprocher davantage les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres et de surmonter les obstacles à une coopération judiciaire efficace qui tiennent essentiellement à la disparité des approches législatives dans les Etats membres.** » (considérant **3**), la nécessité, compte tenu que « **Le racisme et la xénophobie constituent une menace à l'égard des groupes de personnes qui sont la cible de tels comportements. (...) de définir une approche pénale de ce phénomène qui soit commune à l'Union européenne pour faire en sorte que le même comportement constitue une infraction dans tous les Etats membres et que des peines effectives, proportionnées et dissuasives soient prévues à l'encontre des personnes physiques et morales qui ont commis de telles infractions ou qui en sont responsables.** » (considérant **5**), de même qu'avec son article **7** relatif aux « **Règles constitutionnelles et principes fondamentaux** » aux termes duquel:

« **1. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'association, tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. (...)** ».

En effet, il serait **choquant et paradoxal**, au regard des principes susmentionnés, que la répression de la négation du **Génocide Arménien** et de **l'esclavage** soit possible par exemple aux Pays-Bas et impossible en France, alors même que celle-ci a reconnu ces crimes contre l'humanité par **deux lois** de son Parlement, **parfaitement normatives** comme toutes les lois votées en France.

Il y a là une **incohérence manifeste** qu'aucune considération de droit ou de fait ne permet d'évacuer, génératrice, en outre, d'**insécurité juridique**.

A cet égard, la CJUE juge que « *Le principe général de sécurité juridique, qui constitue un principe fondamental du droit communautaire, exige, notamment, qu'une réglementation soit claire et précise, afin que les justiciables puissent connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations et prendre leurs dispositions en conséquence (voir arrêts du 14 avril 2005, Belgique/Commission, C-110/03, Rec. p. I-2801, point 30, ainsi que IATA et ELFAA, précité, point 68).* » (CJUE, **03 Juin 2008, Intertanko**, aff. C-308/06, point 69).

En outre, dès lors qu'il a pour objet d'ériger en **délit** un comportement particulier (en l'occurrence la négation et la banalisation grossière publiques d'un génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre), l'acte communautaire « *doit également respecter le principe de légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege) qui fait partie des principes généraux du droit se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (arrêt du 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, Rec. p. I-3633, point 49) et qui est une expression particulière du principe de sécurité juridique.* » (*ibid.*, point 70).

De surcroît, il n'est pas inutile de rappeler que 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 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, 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).

Il résulte de l'analyse qui précède que l'article **1er, paragraphe 4** se trouve **totale-ment étranger** à l'économie générale de la décision-cadre à laquelle, pour des raisons de pure opportunité politique relevant de ce qu'il est convenu d'appeler la **reapolitik**, il a été **artificiellement et cyniquement intégré**, au mépris des **droits fondamentaux** des requérants – notamment du principe de **dignité** - et de toutes les personnes portant un intérêt particulier à la **lutte contre le racisme, la xénophobie et le négationnisme**.

Si la décision-cadre était transposée en l'état, il resterait que dans l'esprit de la juridiction française appelée à juger des faits de négationnisme, l'absence de jugement rendu par une **juridiction internationale** priverait de tout recours la victime d'un tel négationnisme.

En toute hypothèse, le paragraphe litigieux conduit à une **discrimination** dans la protection juridictionnelle due aux victimes de négationnisme concernant les crimes susvisés, selon que leurs auteurs auront été ou seront jugés ou non par des juridictions compétentes, nationales ou internationales, alors même que l'absence de tels jugements ne retire nullement aux faits leur **qualification universelle de crimes contre l'Humanité**, comme l'ont rappelé le **Président SPIELMANN** et ses collègues dans leur **opinion dissidente** annexée à l'arrêt de **Grande Chambre** du 15 Octobre 2015 précité :

*« 6. Au-delà de cet aspect, il nous semble que la méthodologie suivie par la majorité est, ici et là, problématique. Il en va ainsi notamment des « facteurs géographiques et historiques », plus amplement développés aux paragraphes 242 à 248 de l'arrêt. Minimiser l'importance des propos du requérant en essayant de les cantonner géographiquement conduit à relativiser sérieusement la portée universelle et erga omnes des droits de l'homme, qui constitue la quintessence de leur acception contemporaine. En effet, ainsi qu'il a été affirmé avec force par l'Institut de droit international, l'obligation pour les États d'assurer le respect des droits de l'homme est une **obligation erga omnes** ; « elle incombe à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout État a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme » (Résolution sur « la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États », Annuaire de l'Institut de droit international, 1989, vol. II, p. 341, article 1er). Dans le même ordre d'idées, la Déclaration et le programme d'action de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme énonce que « la promotion et la protection de tous les droits de l'homme sont une préoccupation légitime de la communauté internationale » (ONU, documents officiels, A/CONF/123, par. 4, 1993).*

*7. Il est évident que **cette approche universaliste contraste avec celle de la majorité dans le présent arrêt**. Si l'on voulait tirer toutes les conséquences logiques de l'approche géographiquement cantonnée qui semble être celle de la majorité, on pourrait penser que la négation en Europe de génocides commis dans d'autres continents, comme par exemple du génocide rwandais ou de celui perpétré par les Khmers rouges au Cambodge serait protégée par la liberté d'expression sans aucune limite ou presque. Il ne nous paraît pas qu'une telle vision reflète les **valeurs universelles** qui sont consacrées par la Convention. (pages **127-128/139** de l'arrêt, §§ **6** et **7**).*

**2-3-1-2 / LA DISCRIMINATION CREEE PAR L'ARTICLE
1er, PARAGRAPHE 4 DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008 ENTRE
LES GENOCIDES, CRIMES CONTRE L'HUMANITE ET CRIMES DE GUERRE
SELON QUE LEURS AUTEURS ONT ETE OU NON JUGES PAR UNE
JURIDICTION INTERNATIONALE**

671. L'article **1er, paragraphe 4** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 crée une **discrimination flagrante** dans la protection juridictionnelle due aux victimes de crimes contre l'humanité - comme conduisant inévitablement à priver de toute protection juridictionnelle les victimes de négationnisme portant notamment sur le **Génocide Arménien** et l'**Esclavage**, pourtant reconnus comme **crimes contre l'humanité** respectivement par les **lois n°2001-70** et **2001-434** des 29 Janvier et 21 Mai 2001 - et méconnaît, partant, le **droit à l'égalité de traitement** et l'**interdiction de la discrimination**, normes protectrices des **droits fondamentaux** garanties par:

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

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

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

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

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

ci-après reproduits:

1.- Article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

« Egalité en droit

Toutes les personnes sont égales en droit. »

2.- Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

« Non-discrimination »

1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite. »

3.- Article 2 TUE:

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'**égalité**, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes »

4.- Article 3 paragraphe 3, deuxième alinéa TUE (ex-article 2 TUE):

« 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle oeuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.

Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.

Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.

Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen. »

5.- Article 9 TUE:

« Dans toutes ses activités, l'Union respecte le **principe de l'égalité de ses citoyens**, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. »

6.- Article 8 TFUE (ex-art. 3, paragraphe 2, TCE):

« Pour toutes ses actions, l'Union cherche à **éliminer les inégalités**, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes. »

7.- Article 10 TFUE:

« Dans la définition et la mise en oeuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à **combattre toute discrimination** fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

8.- Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme:

« *Interdiction de la discrimination*

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

9.- Article 1er du Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme:

« *Interdiction générale de la discrimination*

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

10.- Article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966:

« *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »*

La **Doctrine** rappelle, de ce chef:

« 163. – La jurisprudence communautaire sur les **principes d'égalité et de non-discrimination** est considérable (V. R. Hernu, Principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : LGDJ, bibliothèque de droit public, t. 232, 2003). La Cour de justice ne s'est pas limitée à la conception étroitement économique qui prévalait dans le traité CEE originel. Elle a précisé et développé ces principes, en leur donnant le caractère de **véritables droits fondamentaux**.

164. – La Cour a considéré l'égalité comme un **principe fondamental du droit communautaire** (CJCE, 17 avr. 1997, aff. C-15/95, EARL : Rec. CJCE 1997, I, p. 1961. – CJCE, 13 avr. 2000, aff. C-292/97, Karlsson : Rec. CJCE 2000, I, p. 2737).

165. – La non-discrimination apparaît aussi incontestablement comme un principe général de droit communautaire selon une jurisprudence constamment confirmée, que la Cour a maintenue malgré l'existence de dispositions écrites relative à certains aspects de l'égalité ou à des cas déterminés de discrimination (CJCE, 19 oct. 1977, aff. 117/76 et 16/77, Ruckdeschel, citée supra n° 159, attendu 7).

166. – La Cour a proclamé l'égalité des administrés devant la réglementation économique (CJCE, 21 juin 1958, aff. 8/57, Hauts fourneaux et Aciéries belges c/ H.A. CECA : Rec. CJCE 1958, p. 225).

167. – La Cour considère que "**la discrimination consiste à traiter de manière identique des situations qui sont différentes ou de manière différente des situations qui sont identiques**" (CJCE, 4 févr. 1982, aff. 871/79, Buyl c/ Comm. : Rec. CJCE 1982, p. 245. – CJCE, 3 mars 1982, aff. 14/81, Alpha Steel c/ Comm. : Rec. CJCE 1982, p. 749). Il n'y a pas de discrimination lorsqu'"une différenciation est objectivement justifiée" (V. CJCE, 6 déc. 1984, aff. 59/83, Biovilac c/ CEE : Rec. CJCE 1984, p. 4057. – CJCE, 17 juin 1987, aff. jtes 424/85 et 425/85, Coöperatieve Nord Nederland BA : Rec. CJCE 1987, p. 2755 s.).

Dans son arrêt "Finsinder" du 15 janvier 1985, la Cour a ajouté que pour pouvoir justifier une différence de traitement, **les différences objectives doivent être "d'une certaine importance"** (CJCE, 30 nov. 1983, aff. 234/82, Ferriere di Roe Volciano c/ Comm. : Rec. CJCE 1983, p. 3921. – CJCE, 15 janv. 1985, aff. 250/ 83, Finsinder c/ Comm. : Rec. CJCE 1985, p. 131 s.).

168. – L'effet direct de l'article 12 du traité CE qui interdisait les discriminations fondées sur la nationalité a été reconnu (CJCE, 20 oct. 1993, aff. C-92/92 et C-326/92, Phil Collins et a., point 34 : Rec. CJCE 1993, I, p. 5145). Il a été appliqué tardivement de manière isolée (V. par exemple, CJCE, 30 juin 2005, aff. C-28/04, Tod's et Tod's France, point 18 : Rec. CJCE 2005, I, p. 5781), le juge préférant souvent se fonder sur des dispositions interdisant de manière spécifique les discriminations en fonction de la nationalité ou l'appliquer conjointement avec ces dispositions (V. par exemple, CJCE, 26 nov. 2002, aff. C-100/01, Oteiza Olazabal : Rec. CJCE 2002, I, p. 10981).

– La Cour a défini le principe de la non-discrimination en fonction de la nationalité, inscrit dans le traité, en mettant en valeur l'exigence de l'égalité de traitement entre les ressortissants d'États membres et les nationaux (CJCE, 6 juin 2002, aff. C-360/00, Ricordi, point 31 : Rec. CJCE 2002, I, p. 5089). Les discriminations directes comme les discriminations indirectes sont interdites (CJCE, 19 mars 2002, aff. C-224/00, Comm. c/ Italie, point 15 : Rec. CJCE 2002, I, p. 2965). Ce principe est de plus en plus présenté comme un principe d'égalité de traitement des citoyens européens (CJCE, 12 mai 1998, aff. C-85/96, Martinez Sala, point 63 : Rec. CJCE 1998, I, p. 2691. – CJCE, 24 nov. 1998, aff. C-274/96, Bickel et Franz : Rec. CJCE 1998, I, p. 7637. – CJCE, 13 juill. 2000, aff. C-423/98, Albore : Rec. CJCE 2000, I, p. 5965. – CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, Garcia Avello, point 29 : Rec. CJCE 2003, I, p. 11613).

169. – La jurisprudence de la Cour sur l'égalité et la non-discrimination hommes-femmes (art. 141 TCE) est particulièrement riche et la Cour a considéré ce principe comme un droit fondamental. L'ex-article 119 CEE (art. 141 TCE) avait été reconnu comme ayant un effet direct dans l'arrêt "Defrenne" (CJCE, 8 avr. 1976, aff. 43/75, Defrenne : Rec. CJCE 1976, p. 455).

La Cour l'a appliqué à un transsexuel (CJCE, 3 févr. 2000, aff. C-207/98, Mahlburg : Rec. CJCE 2000, I, p. 549).

La Cour n'a pas accepté l'assimilation au mariage des relations stables avec un partenaire du même sexe, même lorsqu'il a fait l'objet d'un enregistrement par une autorité nationale (CJCE, 17 févr. 1998, aff. C-249/96, Grant : Rec. CJCE 1998, I, p. 621. – TPICE, 28 janv. 1999, aff. T-264/97, D. c/ Cons. : Rec. CJCE 1999, FP, II, p. 1).

170. – Les discriminations directes sont condamnées mais également les atteintes et les **discriminations déguisées**. En contrôlant les choix opérés par les auteurs des actes examinés, la Cour peut ainsi retenir certaines des différenciations opérées et tenir ainsi compte des différenciations objectives et de la proportionnalité des mesures en cause (V. par exemple, CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-411/98, Ferlini, points 51 s. : Rec. CJCE 2000, I, p. 8081).

171. – La Cour a condamné les discriminations en fonction de l'âge (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, Mangold, point 75 : Rec. CJCE 2005, I, p. 9981. – CJCE, 27 juin 2006, aff. C-540/03, Parlement c/ Cons., points 60 à 62, 66, 70, 71, 73, 74, 76, 85 à 90 : Rec. CJCE 2006, I, p. 5769).

172. – La question des discriminations positives a fait l'objet d'une jurisprudence très nuancée dans l'arrêt "Kalanke" (CJCE, 17 oct. 1997, aff. C-450/93, Kalanke, points 17 s. : Rec. CJCE 1997, I, p. 3051). La Cour s'est montrée ultérieurement plus disposée à admettre dans certains cas ce type de discrimination (CJCE, 11 nov. 1997, aff. C-409/95, Marschall, points 31 s. : Rec. CJCE 1997, I, p. 6363. – et surtout CJCE, 28 mars 2000, aff. C-158/97, Badeck, points 18 s. : Rec. CJCE 2000, I, p. 1875. – CJCE, 6 juill. 2000, aff. C-407/98, Abrahamsson : Rec. CJCE 2000, I, p. 5539).

173. – Les dispositions relatives aux droits des citoyens introduites dans le traité CE par le traité de Maastricht tendaient à renforcer l'égalité. La Cour a ainsi pu affirmer qu'**un citoyen résidant régulièrement dans un État membre pouvait se prévaloir de l'égalité de traitement dans toutes les situations relevant du domaine d'application ratione materiae du droit communautaire** (CJCE, 12 mai 2001, aff. C-85/96, Martinez Sala, point 32, citée supra n° 168).

174. – S'agissant du contrôle du respect de ces principes par les États, le juge doit, comme toujours, rechercher si la question se pose dans le champ de l'application du droit communautaire.

(...) »

(**Joël RIDEAU**, Professeur émérite de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, Membre honoraire de l'Institut universitaire de France, in Juris-Classeur, Fasc. 110, UNION EUROPÉENNE . - Nature, valeurs et caractères généraux)

Quant au **Conseil d'Etat**, il considère que « *le principe d'égalité, dont l'application revêt à cet égard valeur constitutionnelle, constitue un principe général du droit communautaire; qu'il ressort de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que des situations comparables sont traitées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée; que la portée du principe général du droit communautaire garanti, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause; qu'il y a lieu, dès lors, pour le Conseil d'Etat, de rechercher si la directive du 13 octobre 2003, en tant qu'elle inclut dans son champ d'application les entreprises du secteur sidérurgique, ne contrevient pas à cet égard au principe général du droit communautaire qui s'impose à elle;*

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les industries du plastique et de l'aluminium émettent des gaz à effet de serre identiques à ceux dont la directive du 13 octobre 2003 a entendu limiter l'émission; que ces industries produisent des matériaux qui sont partiellement substituables à ceux produits par l'industrie sidérurgique et se trouvent donc placées en situation de concurrence avec celle-ci; qu'elles ne sont cependant pas couvertes, en tant que telles, par le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre, et ne lui sont indirectement soumises qu'en tant qu'elles comportent des installations de combustion d'une puissance calorifique supérieure à 20 mégawatts; que si la décision de ne pas inclure immédiatement, en tant que telles, les industries du plastique et de l'aluminium dans le système a été prise en considération de leur part relative dans les émissions totales de gaz à effet de serre et de la nécessité d'assurer la mise en place progressive d'un dispositif d'ensemble, la question de savoir si la différence de traitement instituée par la directive est objectivement justifiée soulève une difficulté sérieuse; que, par suite, il y a lieu pour le Conseil d'Etat de surseoir à statuer sur les conclusions de la requête dirigées contre le refus d'abroger l'article 1er du décret contesté jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la question préjudicielle de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d'égalité en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux installations du secteur sidérurgique, sans y inclure les industries de l'aluminium et du plastique; (...) »

(**CE, Ass., 08 Février 2007, Société ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE et a. c/ Secrétariat Général du Gouvernement, n°287110**).

Dans son arrêt sur renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat, la **Cour de justice de l'Union européenne** rappelle que « 23. *Le principe général d'égalité de traitement, en tant que principe général du droit communautaire, impose que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* (voir, notamment, arrêts du 13 décembre 1984, *Sermide*, 106/83, Rec. p. 4209, point 28; du 5 octobre 1994, *Crispltoni e.a.*, C-133/93, C-300/93 et C-362/93, Rec. p. I-4863, points 50 et 51, ainsi que du 11 juillet 2006, *Franz Egenberger*, C-313/04, Rec. p. I-6331, point 33)

(...)

Sur le traitement différencié de situations comparables

25 *La violation du principe d'égalité de traitement du fait d'un traitement différencié présuppose que les situations visées sont comparables eu égard à l'ensemble des éléments qui les caractérisent.*

26 *Les éléments qui caractérisent différentes situations et ainsi leur caractère comparable doivent, notamment, être déterminés et appréciés à la lumière de l'objet et du but de l'acte communautaire qui institue la distinction en cause. Doivent, en outre, être pris en considération les principes et objectifs du domaine dont relève l'acte en cause (voir, en ce sens, arrêt du 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, 6/71, Rec. p. 823, point 14; du 19 octobre 1977, *Ruckdeschel e.a.*, 117/76 et 16/77, Rec. p. 1753, point 8; du 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil*, C-280/93, Rec. p. I-4973, point 74, ainsi que du 10 mars 1998, *T. Port*, C-364/95 et C-365/95, Rec. p. I-1023, point 83).*

(...)

Sur un désavantage résultant d'un traitement différencié de situations comparables

39 *Selon la jurisprudence, pour qu'on puisse reprocher au législateur communautaire d'avoir violé le principe d'égalité de traitement, il faut qu'il ait traité d'une façon différente des situations comparables entraînant un désavantage pour certaines personnes par rapport à d'autres (voir arrêts du 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke et Hoesch/Haute Autorité*, 17/61 et 20/61, Rec. p. 615, 652; du 15 janvier 1985, *Finsider/Commission*, 250/83, Rec. p. 131, point 8, ainsi que du 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Rec. p. I-5197, point 115).*

(...)

Sur la justification de différence de traitement

46 *Le principe d'égalité de traitement ne s'avère, toutefois, pas être violé pour autant que la différence de traitement entre le secteur de la sidérurgie, d'une part, et les secteurs de la chimie et des métaux non ferreux, d'autre part, soit justifiée.*

47 *Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné (voir, en ce sens, arrêts du 5 juillet 1977, *Bela-Mülle Bergmann*, 114/76, Rec. p. 1211, point 7; du 15 juillet 1982, *Edeka Zentrale*, 245/81, Rec. p. 2745, point 11 et 13; du 10 mars 1998, *Allemagne/Conseil*, C-122/95, Rec. p. I-973, point 68 et 71, ainsi que du 23 mars 2006, *Unitymark et North Sea Fishermen's Organisation*, C-535/03, Rec. p. I-2689, points 53, 63, 68 et 71).*

48 Etant donné qu'il s'agit d'un acte législatif communautaire, **il appartient au législateur communautaire d'établir l'existence de critères objectifs avancés au titre d'une justification et d'apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence desdits critères** (voir, en ce sens, arrêts du 19 octobre 1977, *Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson et Providence agricole de la Champagne*, 124/76 et 20/77, Rec. p. 1795, point 22, ainsi que du 10 mars 1998, *Allemagne/Conseil*, précité, point 71).

Appréciation de la Cour

57 La Cour a reconnu au législateur communautaire, dans le cadre de l'exercice des compétences qui lui sont conférées, un **large pouvoir d'appréciation**, lorsque son action implique des **choix de nature politique, économique et sociale** et lorsqu'il est appelé à effectuer des **appréciations et des évaluations complexes** (voir arrêt du 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, Rec. p. I-403, point 80). En outre, lorsqu'il est appelé à **restructurer ou à créer un système complexe**, il lui est loisible de recourir à une approche par **étapes** (voir, en ce sens, arrêts du 29 février 1984, *Rewe-Sentrale*, 37/83, rec. p. 1229, point 20; du 18 avril 1991, *Assurances du crédit/Conseil et Commission*, C-63/89, Rec. p. I-1799, point 11, ainsi que du 13 mai 1997, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-233/94, Rec. p. I-2405, point 43) et de procéder notamment en fonction de **l'expérience acquise**.

58 Toutefois, même en présence d'un tel pouvoir, **le législateur communautaire est tenu de baser son choix sur des critères objectifs et appropriés par rapport au but poursuivi par la législation en cause** (voir, en ce sens, arrêts du 15 septembre 1982, *Kind/CEE*, 106/81, Rec. p. 2885, point 22 et 23, ainsi que *Sermide*, précité, point 28), **en tenant compte de tous les éléments factuels ainsi que des données techniques et scientifiques disponibles au moment de l'adoption de l'acte en question** (voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*, C-284/95, Rec. p. I-4301, point 51).

59 En exerçant son pouvoir d'appréciation, **le législateur communautaire doit, en plus de l'objectif principal de protection de l'environnement, tenir pleinement compte des intérêts en présence** (voir, concernant des mesures en matière d'agriculture, arrêts du 10 mars 2005, *Tempelman et van Schaijk*, C-96/03 et C-97/03, Rec. p. I-1895, point 48, ainsi que du 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow*, C-504/04, Rec. p. I-679, point 37). Dans le cadre de l'examen de contraintes liées à différentes mesures possibles, il y a lieu de considérer que, si l'importance des objectifs poursuivis est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, mêmes considérables, pour certains opérateurs (voir, en ce sens, arrêts du 13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, Rec. p. I-4023, points 15 à 17, ainsi que du 15 décembre 2005, *Grèce/Commission* C-86/03, Rec. p. I-10979, point 96), l'exercice du pouvoir d'appréciation du législateur communautaire ne saurait produire des résultats manifestement moins adéquats que ceux résultant d'autres mesures également appropriées à ces objectifs.

(...) »

(CJUE, Grande Chambre, 16 Décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. C/ Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, n°C-127/07).

Les critères ainsi dégagés par la **Cour de Luxembourg** conduisent à retenir une **discrimination** lorsque la différence de traitement entre deux situations comparables n'est pas fondée sur un **critère objectif et raisonnable**.

Or, en l'espèce, ne peut être apprécié comme **objectif**, contrairement à ce que soutient le Ministre des Affaires étrangères et européennes (page **17/17** du mémoire en défense) le critère d'identification du crime contre l'humanité fondé sur le prononcé d'une décision d'une juridiction internationale dès lors que le législateur communautaire était tenu, en l'occurrence, de tenir compte de l'**environnement socio-juridique propre aux crimes contre l'humanité**, avant d'arrêter la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

Ainsi, eu égard aux **multiples actes de reconnaissance de crimes contre l'humanité** par des **actes autres que des décisions de juridictions internationales**, lesquelles n'ont fait qu'**imputer** les crimes – qu'elles n'ont pas **établis** - aux personnes qui les ont perpétrés, le Conseil de l'Union ne pouvait pas adopter un tel critère d'incrimination et de répression du négationnisme qui ne correspondait à **aucune réalité historique** pour la période antérieure au 1er Juillet 2002, date d'entrée en vigueur du **Statut de Rome** instituant la **Cour Pénale Internationale**.

Il est, à cet égard, **scientifiquement établi** que l'extermination des **Arméniens** pendant la Première guerre mondiale est **parfaitement comparable** à celle des **Juifs** pendant la Seconde guerre mondiale:

« (...) Et, avant la fin de 1915, la majorité des Arméniens ont déjà disparu dans le premier génocide du XX^e siècle. Le terme n'existait pas encore, mais selon la formulation ultérieure de Raphaël Lemkin ou celle de la convention de l'ONU en 1948, il s'agit d'une volonté affichée de détruire une ethnie ou un peuple par l'élimination physique de celui-ci ou par son assimilation au point où il ne peut plus survivre de manière autonome. Ce qui est exactement le sort que le Comité Union et Progrès, au pouvoir dans l'Empire ottoman depuis 1913, réserva aux Arméniens ottomans. Pendant trop longtemps, cet épisode a été relégué aux marges du conflit par les historiens de la Grande Guerre. En fait, jusqu'à tout récemment, c'est l'expérience des civils tout court qui a été très peu prise en compte. Il est vrai que la majorité des morts de la guerre furent militaires, néanmoins la part des civils a été minimisée. Par exemple, les estimations des victimes arméniennes vont de 650 000 à plus d'un million. Si l'on s'en tient à un chiffre moyen (850 000) et qu'on le rapporte aux 9,5 millions de morts militaires et au demi-million de victimes du blocus allié, on peut considérer que 8% des morts de la guerre sont dus au génocide. Si l'on accepte le chiffre plus élevé, mais moins certain, de 14,5 millions de morts pour la totalité du conflit (pandémie de la grippe de 1918 comprise), cela donne encore 6% dus au génocide. Ces proportions sont comparables à celle de 10% pour le génocide des Juifs d'Europe dans la Seconde Guerre mondiale (6 millions sur 60 millions de morts). Sans faire d'autres parallèles ni confondre les deux tragédies, cela justifie la place accordée au génocide dans ce livre.

(**VERS LA GUERRE TOTALE**, sous la direction de **John HORNE**, Tallandier 2010, pp. 13-14).

De la sorte, un choix s'ouvrait au législateur communautaire:

- laisser libres les Etats membres du choix des **critères d'identification spécifique** des crimes contre l'humanité susceptibles de faire l'objet de négationnisme pénalement répréhensible ;

ou

- fixer a minima la catégorie de tels critères comme comprenant notamment la reconnaissance par une Institution de l'Union européenne (**résolution du Parlement européen** du 18 Juin 1987) et par une loi de l'Etat membre sur le territoire duquel le négationnisme aura eu lieu (**lois françaises** des 29 Janvier et 21 Mai 2001).

Mais, en aucun cas, compte tenu, précisément des **multiples actes de reconnaissance** des crimes contre l'humanité susmentionnés, le Conseil de l'Union ne pouvait adopter un critère conduisant à **exclure** du champ d'application de la loi pénale devant protéger la mémoire des victimes, les crimes contre l'humanité **dont l'existence est historiquement prouvée et juridiquement établie** comme le **Génocide Arménien** et l'**Esclavage**.

En l'espèce, la **discrimination** créée par le **paragraphe 4** de l'article **1er** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 n'est pas sérieusement contestable dès lors qu'elle offre la faculté aux Etats membres – exercée par la France, **selon la déclaration y annexée qui fait corps avec la décision-cadre – d'exclure de son champ d'application** des crimes contre l'humanité au seul motif qu'ils n'ont pas été **établis** par une juridiction internationale, alors même qu'ils auront pu fait l'objet d'une **reconnaissance d'institutions internationales** ou de **lois nationales**, comme c'est le cas du **Génocide Arménien** reconnu notamment par le **Parlement européen** le 18 Juin 1987 et la **loi française** n°2001-70 du 29 Janvier 2001 et de l'**Esclavage** reconnu par le législateur français le 21 Mai 2001.

La **différence de traitement** ainsi opérée par la disposition litigieuse de la décision-cadre entre des **crimes analogues**, comme constituant des **crimes contre l'humanité**, qui ne connaissent **nulle hiérarchie ni prescription**, ne repose sur **aucune justification objective et raisonnable** et se révèle dès lors bien constitutive d'une **discrimination**, en tant que telle prohibée par les normes du droit de l'Union européenne susvisées.

*

.../...

Il y aura lieu, dès lors, de transposer la décision-cadre à l'exclusion du paragraphe 4 de son **article 1er** manifestement contraire au droit de l'Union européenne et devant, en tant que tel, être **déclaré invalide** par la **Cour de justice de l'Union européenne** (ci-après « CJUE ») dans le cadre d'un **renvoi préjudiciel** prévu par l'article **267 TFUE** à laquelle la question suivante pourra être posée:

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

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

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

- du **JUS COGENS**;
- des articles **20** et **21** de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** proclamée à Strasbourg le 12 Décembre 2007 et entrée en vigueur le 1er Décembre 2009 (ayant, en vertu de l'article **6, paragraphe 1, premier alinéa** du **TUE**, la même valeur juridique que les traités);
- des articles **2, 3 paragraphe 3, deuxième alinéa** et **9 TUE**;
- des articles **8** et **10 TFUE**;
- de l'article **14** de la **Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)** - à laquelle l'Union européenne a adhéré par le **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007 (article **6 TUE**, paragraphes **2** et **3**) et l'**article 1er** du **Protocole n°12** à la **CEDH** signé le 04 Novembre 2000 et entré en vigueur le 1er Avril 2005, soit antérieurement à la décision-cadre du 28 Novembre 2008;
- de l'article **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966,

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

2-3-2./ LA MISE EN OEUVRE NECESSAIRE DU RENVOI PREJUDICIEL AUX FINS D'INTERPRETATION DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008, AINSI QUE DU DROIT PRIMAIRE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE PERTINENT, AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE CRITIQUABLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL RELATIVE A LA NORMATIVITE DE LA LOI ET DE LA THEORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT

672. Le renvoi préjudiciel aux fins d'**interprétation du droit primaire et dérivé** de l'Union européenne (2-3-2-3) se justifie, en l'espèce, compte tenu de la jurisprudence récente du **Conseil constitutionnel** relative à la **normativité de la loi qui heurte la logique** (2-3-2-1) et **fait obstacle à la transposition adéquate** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 (2-3-2-2). L'incertitude entourant l'application de la **théorie des actes de gouvernement**, revendiquée par l'**Exécutif français** et appliquée par le **Tribunal des conflits** lui-même, rend pertinente, en outre, la **question préjudicielle** de l'interprétation du droit de l'Union, à cet égard (2-3-2-4).

2-3-2-1./ LE PARALOGISME DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL RELATIVE A LA NORMATIVITE DE LA LOI : LA MECONNAISSANCE FLAGRANTE DE LA NORMATIVITE PURE DES LOIS DE RECONNAISSANCE DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

528. Comme l'écrivait au **siècle des Lumières**, le maître du **criticisme** :

« (...) *Notre siècle est le siècle propre de la critique, à laquelle tout doit se soumettre. La religion, par sa sainteté, et la législation, par sa majesté, veulent ordinairement s'y soustraire. Mais alors elles excitent contre elles un juste soupçon, et ne peuvent prétendre à ce respect sincère que la raison accorde seulement à ce qui a pu soutenir son libre et public examen.* »

(**Emmanuel KANT**, *Critique de la raison pure*, préface de la première édition (1781), Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, 1980, p. 727).

529. La **justice**, procédant de l'une et de l'autre – empruntant à la **religion** sa **sacralité** et à la **législation** sa **rationalité** – rien ne justifie qu'elle soit exempte de toute **critique rationnelle**, à l'instar de celle que l'Avocat des requérants s'efforce de développer au quotidien, dans la défense des intérêts de ses mandants et, spécialement, dans la présente affaire.

530. C'est, au demeurant, ce qu'admet, en France, la **Cour de cassation** en jugeant 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 SZPINER**, n^o11-30.193, 481 et, dans le même sens, y ajoutant le droit de critiquer le **comportement d'un Avocat** : **Cass. 1^o Civ., 29 Octobre 2014**, n^o12-27.610).

531. La Haute juridiction française rappelle, encore, que « (...) *le but poursuivi par l'article 6, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (est d') assurer le contrôle de l'autorité judiciaire par le public pour la sauvegarde du droit à un procès équitable (...)* » (Cass. 3° Civ. 10 Mai 2007, SCI DUSU c/ SCP PIMOUGUET-LEURET, n° V 05-21.290).

532. Précisément, c'est à propos de l'**analyse critique** de la récente jurisprudence du **Conseil constitutionnel** (28 Février 2012), qu'avec la Doctrine, on souligne, derechef, la **force normative des lois de reconnaissance d'un crime contre l'humanité** comme les lois des 29 Janvier et 21 Mai 2001.

533. On se souvient, ici, que dans sa **décision n°2005-512 DC du 21 Avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école**, le Conseil constitutionnel a cru pouvoir tirer de l'article **6 DDH** selon lequel « *La loi est l'expression de la volonté générale.* », « *comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi* », que « *sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative;* » (consid. **8**).

534. Appréciant, dès lors, comme étant « *manifestement dépourvues de toute portée normative* » les dispositions du **II** de l'article **7** de la loi déférée aux termes duquel « *L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. - Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. - La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel.*»,

le Haut Conseil déclare **contraire à la Constitution** le texte déféré à sa censure.

535. De la sorte, le Conseil constitutionnel inaugurerait une **forme originale d'exercice du contrôle de constitutionnalité de la loi** – portant non pas sur sa **conformité à la Constitution**, mais, de façon plus surprenante, sur son **essence** - ce qui n'a pas manqué de susciter les **critiques avisées et pleinement justifiées** de la Doctrine, étant rappelé qu'auparavant, le juge constitutionnel **s'interdisait de censurer la loi**, pour le même motif de non-normativité, se contentant d'affirmer du texte examiné que « *dépourvu par lui-même de valeur normative, ne saurait être utilement argué d'inconstitutionnalité* » (**CC, décision n°2003-483 DC du 14 Août 2003, Loi portant réforme des retraites**, consid. **4**).

536. Il est, fort de ce précédent, très surprenant de constater que là où, naguère, le Conseil constitutionnel ne voyait qu'un **moyen inopérant** d'invalider la loi, il attache, désormais, au même grief la capacité de la faire déclarer inconstitutionnelle, sans, pour, autant, que la seule référence à l'article **6 DDH** – dont ni la teneur ni la signification n'ont évolué dans l'intervalle de vingt mois qui sépare les deux décisions contradictoires - , puisse justifier un revirement de jurisprudence aussi radical.

537. Ainsi, peut-on lire sous la plume du **Professeur Martin COLLET** (Université d'Orléans, puis Université Paris-Sud 11) :

.../...

« (...) Commençons par une question: si le Parlement venait aujourd'hui à adopter une loi dont le contenu reproduirait à l'identique les alinéas du Préambule de 1946, quel accueil le Conseil constitutionnel lui réserverait-il? Une réponse s'impose: le juge constitutionnel invaliderait une bonne partie des dispositions de la loi en question au regard de leur 'défaut manifeste de portée normative', comme il s'engage à le faire depuis sa décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, dite « loi Fillon ». C'est qu'en effet, l'essentiel des alinéas du Préambule ressemble fort aux dispositions 'bavardes', 'incantatoires', 'déclaratives' et autres 'neutrons législatifs', aujourd'hui si décriés par les plus hautes autorités juridictionnelles comme par d'éminents auteurs (...).

Il est d'ailleurs frappant de constater à quel point le Préambule a provoqué lors de son adoption des réactions doctrinales très comparables à celles suscitées aujourd'hui par ces dispositions législatives dites 'non normatives'. Il suffit pour s'en convaincre de relire la contribution de Jean Rivero et Georges Vedel à la revue *Droit social* de 1947. Ceux-ci soulignaient ainsi comme il était difficile, à la lecture de plusieurs alinéas du Préambule, 'de déduire de tels principes une ligne de conduite suffisamment déterminée qui s'imposerait au législateur. On est ici en présence d'une formule d'ordre philosophique et moral, non d'une règle de droit. (J. RIVERO, G. VEDEL, 'Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le Préambule', *Dr. Soc.* 1947; Pages de doctrine, t. I, LGDJ, 1980, p. 110).

Au regard des conséquences on ne peut plus juridiques que le Conseil constitutionnel tire désormais des alinéas en question, **le propos de Vedel et Rivero apparaît aujourd'hui quelque peu obsolète, ou appelle en tout cas de sérieuses nuances**. Or, n'en va-t-il de même des critiques contemporaines adressées aux dispositions législatives dites 'non normatives'? Bien que ces dernières ne puissent être tout à fait assimilées aux alinéas du Préambule (au regard de la valeur juridique des textes qui les portent, de leur procédure d'adoption ou encore, plus généralement, du contexte actuel qui a peu à voir avec celui de l'après-guerre), l'observation de la **mise en oeuvre du Préambule** conduit à s'interroger sur la **pertinence** de la jurisprudence constitutionnelle actuelle relative au défaut de normativité. C'est d'abord le cas dès lors qu'on s'emploie à identifier précisément ces dispositions législatives aujourd'hui si critiquées, tant l'exercice mène à constater **l'ambiguïté de la référence jurisprudentielle au défaut de normativité** censé les caractériser – raison pour laquelle nous préférons associer ces dispositions à la notion de '**droit déclaratoire**' (I). Ensuite, un jugement tout aussi nuancé peut se dessiner lorsqu'on envisage **l'opportunité** même de cette jurisprudence constitutionnelle, au regard de la **légitimité des dispositions en cause**: les décisions du Conseil reposent en effet sur des **présupposés** relatifs au rôle du Parlement qui apparaissent fort discutables (II). (...)

Ainsi, en définitive, un **texte déclaratoire** - qu'il ait ou non une vocation mémorielle – peut très bien parvenir à **porter haut et clair certaines valeurs** afin de répondre à une attente sociale forte, tout en guidant, le cas échéant, les acteurs du droit dans la réalisation de leurs missions au service de l'intérêt général, sans pour autant les contraindre à l'excès ni menacer la libre discussion des valeurs en cause. Dès lors, la question que posent les dispositions déclaratoires est simplement celle de la **fonction** qu'on entend voir le **Parlement** remplir, par rapport à celle reconnue aux autres organes de l'Etat. Préfère-t-on un Parlement cantonné dans un rôle de fabricant de règles de droit aussi précises que techniques, ou accepte-t-on que, à l'occasion, afin de répondre à la demande sociale, il puisse également s'abstraire de cette tâche, en faisant tout simplement de la politique?

(**Professeur Martin COLLET**, « *LE DROIT DECLARATOIRE – A propos des lois mémorielles et autres dispositions législatives 'non normatives'* » in « *Le Préambule de la Constitution de 1946* », sous la direction d'Yves GAUDEMET, Université Panthéon-Assas, Paris II, LGDJ diffuseur, 2008, pp. 19 à 27).

538. De façon parfaitement argumentée, il est, encore, justement objecté au Conseil constitutionnel que sa nouvelle jurisprudence « **peine à convaincre** » et qu' « *en sanctionnant des dispositions 'dépourvues de toute portée normative', il paraît s'écarter de cette logique graduelle sans indiquer précisément ce qu'il entend alors condamner. Le Conseil semble adopter une conception de la force normative réduite à l'impératif et estime que cette force réside a priori dans les énoncés; elle néglige la réalité sur laquelle la force normative prétend influencer. Ces deux éléments semblent pourtant conditionner la force normative de la loi.* »

(...)

Les énoncés les plus vagues sont d'ailleurs souvent au sommet de la hiérarchie normative. Il en va ainsi pour des instruments souvent considérés à l'origine comme de simples documents informatifs, déclaratifs, politiques ou philosophiques comme la Déclaration de 1789, le préambule de 1946, la Charte des droits fondamentaux ou récemment la Charte de l'environnement.

(**François BRUNET**, Allocataire moniteur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, « *La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle* » in **LA FORCE NORMATIVE, Naissance d'un concept**, Catherine THIBIERGE et alii, LGDJ, Lextenso éditions, Bruylant 2009, pp. 404 à 418).

539. Il est fort judicieusement rappelé, à cet égard, qu'avant même la consécration du **bloc de constitutionnalité** par la décision **Liberté d'association** du 16 Juillet 1971 (CC, 44 DC), « *Le commissaire du gouvernement GAZIER sur l'arrêt Dehaene refusait de 'dénier (...) toute force légale positive (aux) dispositions formulées dans les déclarations des droits ou les préambules des constitutions, puisqu'elles sont l'expression particulièrement solennelle de la volonté nationale, (et qu')on y voit généralement des principes fondamentaux qui doivent inspirer tant l'action législative que celle du Gouvernement et de l'administration. Le juge se doit donc d'en imposer le respect.* » (**CE, 7 juill. 1950, Dehaene**, RDP, 1950, p. 691, concl. GAZIER et note WALINE) (**François BRUNET**, *ibid.*, p. 415, note 51).

540. De même, « *C'est pourquoi les lois 'mémorielles' (catégorie qui reste à préciser) ne semblent pas pouvoir, sans autre nuance, être déclarées 'non normatives': en prenant position sur des faits historiques, elles énoncent des choix officiels relativement à l'Histoire. Si elles posent problème, c'est relativement aux limites que le législateur entend alors poser à la liberté d'expression (en particulier pour la recherche scientifique), ce qui montre bien d'ailleurs qu'elles ont potentiellement des effets normatifs. On pourra considérer qu'elles ne sont pas normatives car elles n'expriment tout simplement pas du droit: on retrouvera alors la confusion entre normativité et juridicité. Sur les 'lois mémorielles', v. le texte précité de M. COLLET, 'Le droit déclaratoire...' » (**François BRUNET**, *ibid.* pp. 417-418, note 63).*

.../...

Il est remarquable que le **Conseil constitutionnel** – qui fait là montre d'un **bel esprit d'ouverture** - n'hésite pas à **publier sur son site officiel une doctrine critique** de sa propre jurisprudence, laquelle, compte tenu de la **qualité de l'auteur** et de la **démarche volontariste** du Haut Conseil, a valeur d'**opinion dissidente**, à l'instar de celles qui sont annexées aux décisions des **juridictions internationales** (spécialement la **Cour européenne des droits de l'homme**) et de certaines **Cours constitutionnelles**, notamment la **Cour de Karlsruhe** (depuis l'amendement de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale – Bundesverfassungsgerichtsgesetz - du 21 décembre 1970 – v. **Christian WALTER**, Assistant à la Cour constitutionnelle d'Allemagne, deuxième Sénat, *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne* - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 8 (Dossier : Débat sur les opinions dissidentes) - Juillet 2000) :

« (...) »

A. L'exclusion d'une conception formelle de la normativité

Un énoncé est normatif, d'un point de vue formel, dès lors qu'il appartient à un ordre ou un système normatif. Il s'agit ici de dissocier nettement l'énoncé et la norme qu'il signifie. Quels que soient la structure et le contenu de l'énoncé (prescriptif ou descriptif, précis ou abstrait), celui-ci est une norme à partir du moment où il a été formulé par les autorités compétentes, conformément aux critères posés par l'ordre juridique dans lequel ces autorités opèrent 21. Si l'on adopte cette conception, l'exigence de normativité de la loi devient ici absurde puisqu'elle consiste à requérir d'une norme qu'elle soit une norme. On peut alors admettre, comme le faisait H. Kelsen, qu'« une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle » puisse « avoir un contenu qui ne représente pas une norme d'aucune sorte » (entendue dans un sens substantiel et non plus formel), « mais qui, par exemple, exprime une théorie religieuse ou politique, ainsi la proposition que le droit émane de Dieu ou que la loi est juste, ou qu'elle réalise l'intérêt du peuple tout entier » 22.

En censurant des dispositions législatives pour défaut de normativité ou en distinguant, au sein d'un rapport annexé à une loi d'orientation et de programmation, des dispositions qui ont « une valeur normative qui s'attache aux lois de programme » 23 de celles qui en sont dépourvues parce qu'elles définissent des orientations, le Conseil constitutionnel s'écarte de l'éventualité exprimée par H. Kelsen. Il établit une confusion entre l'énoncé et la norme, et présuppose que l'existence de celle-ci dépend du contenu de l'énoncé, notamment de sa forme déontique et de sa connotation.

(**Véronique CHAMPEIL-DESPLATS**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre - *N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 - Dossier : La normativité - Janvier 2007, page 2/9).

« (...) »

1) Normativité de la loi et volonté générale

Le Conseil constitutionnel rattache l'exigence de normativité à l'article 6 de la **Déclaration de 1789** selon lequel « **la loi est l'expression de la volonté générale** ». Dans ses vœux pour l'année 2005, le président P. Mazeaud en évoque les conséquences: « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la Constitution (je pense aux lois de programme en matière économique et sociale, ou aux annexes des lois de finances ou de financement de la sécurité sociale), la loi a pour vocation d'énoncer des règles 27 ». Si rien n'interdit d'adhérer à une telle conclusion, déduire de la proposition de l'article 6 de la Déclaration que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles » est rapide. Le propos nécessite en effet, au moins, de préciser ce qu'est une **règle** ainsi que dans quelle mesure la vocation d'énoncer des règles est synonyme d'obligation d'édicter une norme.

Par ailleurs, dénier à la **volonté générale** la possibilité même de **s'exprimer sous une forme non normative** peut dérouter. L'édition d'**énoncés non normatifs** peut remplir des **fonctions diverses** (infra) et, surtout, manifester une **volonté politique** ou symbolique réfléchie de **prendre parti sur l'histoire** comme, par exemple, **reconnaître le génocide arménien de 1915**. Or une chose est de considérer, pour diverses raisons, que le rôle du législateur n'est pas de prendre de telles positions et de l'en dissuader par des arguments politiques ou institutionnels, une autre est de le lui interdire en se fondant sur une certaine conception de la façon dont la volonté générale doit s'exprimer. En effet, estimer que l'article 6 de la Déclaration impose à la volonté générale de **s'exprimer sous une forme normative**, en s'appuyant sur une interprétation systémique de cet article et des dispositions de la Constitution de 1958 qui définissent ce que doit faire la loi, ne livre que **l'une des interprétations possibles**, en l'occurrence **restrictive**, de la signification dudit article. L'exigence de normativité de la loi ne résulte donc pas de la simple affirmation que « la loi est l'expression de la volonté générale », mais d'une **conception particulière**, celle du Conseil constitutionnel, de la façon dont cette volonté doit rédiger la loi. »

(...)

(**Véronique CHAMPEIL-DESPLATS**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre - ibid. page 4/9).

« (...) »

Le **pouvoir normatif** se manifeste ainsi à partir du simple moment où le juge confère une **signification de norme** à un **énoncé qu'il interprète**, quelles que soient les qualités rédactionnelles de celui-ci. La multiplicité des interprétations dont peuvent faire l'objet les énoncés vagues ou dits non normatifs n'accroissent pas le pouvoir normatif du juge mais seulement les risques de désaccords sur l'interprétation choisie, parmi de nombreuses, par celui-ci.

Face à ces deux branches de l'alternative, on pourrait soutenir l'existence d'une voie médiane consistant, comme le Conseil constitutionnel semble l'y inviter, à considérer que le pouvoir normatif indésirable des autorités d'application s'éveille précisément face à des énoncés flous, obscurs ou, en l'occurrence, non normatifs. Dans ce dernier cas, on aboutit à une conclusion étonnante qui appelle des éclaircissements puisqu'on affirme, ni plus ni moins, que le pouvoir normatif des juges et des autorités administratives s'élève à mesure que ceux-ci appliquent des énoncés... non normatifs.

(...) »

(**Véronique CHAMPEIL-DESPLATS**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre - ibid. page 6/9).

« (...)

Plus généralement, l'abstraction et l'absence apparente de normativité des énoncés législatifs remplissent de multiples fonctions. Elles sont parfois le fruit de compromis sans lesquels le texte n'aurait pu être adopté. Elles peuvent aussi correspondre à une volonté délibérée de laisser aux diverses autorités d'application un pouvoir d'appréciation afin, par exemple, d'assurer une meilleure adaptation du texte à la diversité des circonstances et ainsi, finalement, de prévoir l'imprévu. De même, les traditionnels articles premiers des lois, vilipendés en raison de leur normativité douteuse, font souvent office d'utiles guides interprétatifs à l'usage des autorités d'application, qu'elles soient le juge ou l'administrateur chargé de définir les politiques publiques.

*Il peut aussi arriver que ces autorités reconnaissent la normativité de dispositions qui, « au repos », c'est-à-dire hors contexte d'application, comme c'est le cas dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori, aurait été jugée nulle ou incertaine. L'absence de normativité fondée sur l'appréciation subjective du contenu de l'énoncé est donc provisoire et évolutive. Comment ne pas envisager que le paragraphe censuré le 21 avril 2005 pour absence manifeste de portée normative, ne puisse, un jour, être invoqué pour justifier le maintien d'enseignements artistiques ou sportifs? Il ne s'agit pas là entièrement d'une hypothèse d'école, à s'en référer au rapport d'information de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale qui plaide pour l'amélioration de la formation artistique des enseignants primaires et secondaires 37. Ou encore, la **reconnaissance du génocide arménien ne peut-elle pas fonder des actions en justice contre ceux qui en nieraient l'existence?** En ce sens, on se souviendra que l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989 qui reconnaît le **caractère fondamental du droit au logement**, et dont la portée normative avait fait l'objet de doute, a été à plusieurs reprises invoqué devant les tribunaux judiciaires qui l'ont assorti d'**effets normatifs** 38. Aussi, même si l'on admet l'utilité de l'exigence de normativité de la loi, il n'est pas certain que le **contrôle de constitutionnalité a priori** soit le moment le plus approprié pour apprécier les **ressorts normatifs** d'un énoncé. Ceux-ci dépassent la qualité rédactionnelle et sont étroitement liés aux usages argumentatifs des acteurs au moment de la **phase de l'application de l'énoncé**.*

(**Véronique CHAMPEIL-DESPLATS**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre - ibid. pages 6-7/9).

541. Il est permis d'ajouter, à la suite de la Doctrine, que la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'intéressant à la qualité de la loi, pêche par une **confusion** entre **l'existence contingente** de la loi (elle peut ou non être votée), existence dont atteste le **décret présidentiel de promulgation**, d'une part, et sa **nécessaire normativité** (dès lors qu'elle est votée, la loi exprime solennellement « *la volonté générale* »).

542. Comme susdit, dans sa fonction d'interprétation de la norme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel, à l'instar des autres juges, suit un **jugement analytique** qui le conduit à **explicitier** le concept correspondant à ladite norme sans pouvoir y ajouter ce qui ne s'y trouve pas nécessairement.

543. Or, de l'article **6 DDH** il ne ressort absolument pas que la loi **doit** être normative puisqu'elle **est a priori** (indépendamment de l'expérience, **nécessairement** et **universellement**) **normative**.

544. Ainsi, sauf à être entaché **d'inintelligibilité** (circonstance faisant obstacle à sa **connaissance**), l'énoncé qui porte la loi est **nécessairement prescriptif**. Quand, par la loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001, « *La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* », le législateur, seul habilité par l'article **11 DDH** à **limiter la liberté d'expression**, a fixé de **nouvelles bornes à la liberté d'expression** et a nécessairement interdit de nier la réalité de ce génocide, comme il a prohibé, par sa loi du 21 Mai 2001, le négationnisme concernant l'esclavage et la traite.

545. En effet, de la **loi de HUME**, selon laquelle **de la nécessité on ne peut nullement déduire la réalité**, ni une **proposition appréciative de prémisses neutres** (« *La loi est l'expression de la volonté générale* »), il découle l'alternative à deux branches suivante:

- ou bien la loi existe (elle a été votée par le Parlement, promulguée par le Président de la République et publiée au Journal Officiel) et elle est, par nature, **normative**;

- ou bien l'acte examiné n'est pas normatif – en ce que notamment il ne modifie pas l'ordonnancement juridique - et il s'agit de tout autre chose qu'une loi.

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

547. D'un acte dont l'article **34** de la Constitution du 04 Octobre 1958 dit qu'il « *fixe les règles* » et « *détermine les principes fondamentaux* » on peut dire qu'il est ou qu'il n'est pas, mais certainement pas qu'il a à être: seul le **Parlement, détenteur de la souveraineté nationale**, peut décider de voter la loi; aucun autre pouvoir constitué ne peut lui imposer ce vote, sans préjudice d'une action en responsabilité contre l'Etat si le Droit commandait, en l'espèce, le vote de la loi, comme en l'espèce.

548. La loi est nécessairement normative parce qu'elle exprime, comme le pose l'article **6 DDH**, « *la volonté générale* ». Lui retirer sa **normativité a priori**, c'est la faire tomber dans la **contingence normative**, hypothèse qui ferait que certaines lois seraient normatives et d'autres ne le seraient pas, ce qu'il appartiendrait, dans cette hypothèse non souhaitable car **très fortement anti-démocratique**, au Conseil constitutionnel de décider.

549. Cela ne serait possible qu'avant la promulgation de la loi et à condition que le Conseil constitutionnel soit considéré comme un **législateur suprême** et non pas comme un juge, thèse des plus fantaisistes et qui ne vaut que pour le trait d'humour qu'elle a suscité (« *Il y a, en France, deux assemblées chargées de faire la loi: le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel.* » boutade que l'on prête à **Jean FOYER**, cité par **Anne-Marie LE POURHIET**, *ibid.*, p. 136).

550. Or, le Conseil constitutionnel se plaît, à l'inverse, à rappeler de façon constante, selon l'expression imagée, qu'il « *n'a que la gomme et pas le crayon* » et ne dispose pas d' « *un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* » (**Décision n°2011-198 QPC du 25 Novembre 2011, M. Albin R.**, consid. **8**), **Parlement auquel il ne saurait, dès lors, se substituer** mais des actes duquel il lui appartient seulement de **contrôler la constitutionnalité**, c'est dire la **conformité à une norme supérieure**, examen qui, par définition, ne peut porter que sur une **norme**.

551. Il tombe, ainsi, sous le sens que de même qu'en utilisant le concept d'**homme** on comprend nécessairement et universellement la **finitude (jugement analytique)**, de même par le concept de **loi** on implique nécessairement que **toutes les lois sont a priori normatives: il n'existe pas de lois non normatives**.

552. En revanche, la déclaration d'**inconstitutionnalité** d'une loi déterminée n'est qu'un **jugement synthétique**: il n'y avait **aucune nécessité** que telle loi en particulier fût contraire à la Constitution, comme l'a pu estimer, le cas échéant, le juge constitutionnel.

553. La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la **normativité** de la loi est donc viciée de **paralogisme** et méconnaît, de façon flagrante, la **normativité pure** des lois de reconnaissance d'un fait incontestable de l'histoire, comme le **Génocide Arménien** ou l'**Esclavage**.

554. Comme toutes les lois, les lois de reconnaissance du **Génocide Armenien** (loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001) et de l'**Esclavage** (loi n°2001-434 du 21 Mai 2001), sont investies d'une **normativité naturelle** et, plus précisément :

- d'une **autonormativité**, en ce que tous les organes de l'Etat, législatif, exécutif et juridictionnel, comme tous les pouvoirs publics, sont tenus au respect de la loi : **s'abstenir de nier le Génocide Arménien ou l'Esclavage**;

- d'une **hétéronormativité** : toutes les personnes placées sous la juridiction de la France sont tenues au même respect, la sanction de cette obligation devant être trouvée dans le **droit civil** et spécialement l'article **1382** du Code civil – quoi qu'en dise la **Cour de cassation** – lequel a **valeur constitutionnelle** et, en cas de besoin, lorsque la négation s'accompagne d'un **risque d'incitation à la haine ou à la violence**, dans le **droit pénal**, comme l'impose, aujourd'hui, la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal;

- d'une **holonormativité** : l'**Etat**, comme **la Société civile, la France dans son entier**, sont les destinataires des **normes législatives de 2001**.

555. C'est, ainsi, une **obligation juridique** pour les vingt-huit Etats membres de l'Union européenne (**double obligation juridique** pour la France tirée de l'article **88-1** de la Constitution et du droit de l'Union) d'adopter, chacun en ce qui le concerne et selon ses propres règles constitutionnelles, une **législation réprimant pénalement le négationnisme**.

556. Il doit être observé à cet égard, qu'après la **Slovaquie**, la **Grèce** s'est acquittée de son obligation de transposition en **incriminant** et **sanctionnant** par le droit pénal notamment la négation du **Génocide Arménien** et des crimes commis contre les **Greco Pontiques**.

557. La **lutte contre le négationnisme** est désormais une **priorité normative** pour les Etats démocratiques européens, comme relevant de **l'ordre public de protection individuelle**, ce qui correspond bien à un « **besoin social impérieux** ».

*

558. En attribuant au juge du **contrôle de la constitutionnalité** le pouvoir de contrôler la **normativité** de la loi qu'aucun texte constitutionnel ou organique ni principe général du droit ne lui a confié expressément ou tacitement, la jurisprudence critiquée conduit le **Conseil constitutionnel à usurper sur les droits du Parlement** qui, du fait de cet **empiètement substantiel** sur son champ de compétences, se trouve privé de son **attribut fondamental** qui est de **faire la loi**.

559. L'**atteinte à la séparation des pouvoirs** et la violation de l'article **16 DDH** sont, ainsi, manifestes dès lors qu'il ne peut entrer dans les prérogatives du juge constitutionnel de nier l'**essence** même du travail législatif.

560. Peut-on, dans ces conditions, encore parler de **pouvoir législatif** face à une telle jurisprudence du Conseil constitutionnel qui va nettement au-delà de ses attributions strictement définies par les textes en vigueur (articles **56** et suivants de la **Constitution** du 04 Octobre 1958; **ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel; **décret** n°59-1292 du 13 Novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel – v. notamment la lettre en date du 24 Avril 2008 de **Monsieur Marc GUILLAUME**, Secrétaire Général du Conseil constitutionnel, se référant aux « **textes qui définissent strictement** (les) **attributions** (du Conseil constitutionnel) » pour décliner sa « *compétence pour se prononcer sur un tel recours.* » (pièce n°121)?

*

561. En résumé, si la loi est **contingente en sa matérialité** (catégorie kantienne de la **qualité – réalité – sensibilité**), elle est **nécessaire en sa normativité** (qui relève de la pure **intelligibilité**) dans la mesure où celle-ci ne dépend en aucune façon de son contenu matériel, mais s'attache à l'acte du seul fait qu'il reflète la **volonté des représentants de la Nation assemblés** et selon une **procédure préétablie par le Constituant**.

*

562. Cette **critique justifiée** du juge constitutionnel français est partagée par d'autres que les requérants, notamment les juges européens VUČINIĆ et PINTO DE ALBUQUERQUE, dans leur « **opinion en partie dissidente** » sous CEDH, 17 Décembre 2013, PERINCEK c. SUISSE, n°27510/08, pp. 62-80) :

« (...) »

La nécessité de l'incrimination de la négation du génocide

20. Le **Conseil constitutionnel français** a estimé qu'« une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi » (45) (⁴⁵ Conseil constitutionnel français, décision du 28 février 2012.). En d'autres termes, il y aurait atteinte au principe de nécessité si le génocide devait être reconnu par un acte formel du législateur. Cet **avis est incorrect** lorsqu'il implique que l'objet de lois dites « mémorielles » appartient aux historiens et qu'ainsi, ces lois sont dépourvues d'effets juridiques (c'est-à-dire normatifs), pour la **raison évidente** que la **qualification juridique d'un fait en crime de génocide a des conséquences juridiques tant en droit pénal qu'en droit civil**. Il est en outre déplacé s'il implique que les lois mémorielles empiètent sur la compétence des juges et constituent donc un abus de pouvoir législatif violant la séparation des pouvoirs, pour la raison claire que la **qualification juridique d'un fait en génocide** ne suppose pas **son imputation à un individu ou un groupe d'individus déterminés : cette tâche incombe aux juges**. Cette conclusion vaut *a fortiori* pour toute **déclaration officielle** faite par des membres d'autres branches du pouvoir, par exemple par le chef de l'État ou le gouvernement, dans l'exercice de leurs pouvoirs constitutionnels. Le législateur, le chef de l'État ou le gouvernement peuvent très bien prononcer des **déclarations officielles**, ou même **approuver des lois**, sur la nature juridique d'un fait, mais cela n'implique pas qu'ils apprécient la licéité de la **conduite** et la **culpabilité personnelle d'un individu donné** (46) (⁴⁶ Dans sa décision du 28 février 2012, le Conseil constitutionnel a ajouté ceci : « le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ». Cette déclaration laconique ne suffit pas à prouver qu'il y a eu violation de la liberté d'expression. Il n'est pas dit un seul mot sur la nécessité et la proportionnalité de la restriction litigieuse de la liberté d'expression par rapport aux buts de politique pénale poursuivis par l'incrimination de la négation du génocide.).

21. Cela étant, l'incrimination de la négation du génocide correspond à une **politique d'État nécessaire** pour mettre en œuvre pleinement l'esprit et la lettre de l'article 1 de la **Convention sur le génocide**, qui fait obligation aux États de **prévenir la commission du crime de génocide**, et de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 26 janvier 2007, qui appelle tous les États membres de l'ONU à « **rejeter sans réserve tout déni de l'Holocauste** en tant qu'événement historique, que ce déni soit total ou partiel, ou toute activité menée en ce sens ». Au moins en Europe, continent sur le sol duquel bien du sang a été versé au cours du XXe siècle pour mener à exécution de terribles plans d'extermination de peuples entiers, la **négation du génocide** doit être considérée comme un **discours gravement menaçant et choquant**, et ainsi comme relevant des « **paroles de défi** » (**fighting words**) **qui ne méritent pas d'être protégées** (47) (⁴⁷ La Cour suprême américaine a traité plusieurs fois depuis l'affaire *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568, 1942) la question des « paroles de défi » et de la « conduite expressive » ayant le même sens insultant ou menaçant (consistant par exemple à profaner un drapeau ou à brûler une croix). Dans *Cohen v. California* (403 U.S. 15, 1971), elle a admis que l'expression « Fuck the draft » relevait du discours protégé par la Constitution, car nul individu présent ou susceptible de l'être aurait pu raisonnablement considérer que les mots figurant sur la veste de l'auteur du recours étaient une insulte personnelle directe et rien n'indiquait que leur utilisation soit intrinsèquement susceptible de causer des actes violents ou d'inciter à la violence: elle a donc

.../...

estimé qu'il ne s'agissait donc pas de « paroles de défi » inconstitutionnelles. Dans *Street v. New York* (394 U.S. 576, 1969), la Cour suprême a considéré que le simple fait que des propos prononcés contre le drapeau soient choquants ne permettait pas non plus de les qualifier de « paroles de défi ». Elle est parvenue à la même conclusion à l'égard de la conduite expressive consistant à brûler le drapeau, estimant qu'une telle conduite ne constituait pas toujours une menace immédiate d'action illégale, selon le critère de *Brandenburg* (*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 1989). Dans *R.A.V. v. City of St. Paul* (505 U.S. 377, 1992), elle a jugé inconstitutionnelle l'incrimination des agissements consistant à brûler une croix ou à placer une swastika nazie ou tout autre symbole sur un bien public ou privé dont on sait ou on a des motifs raisonnables de penser qu'ils suscitent la colère, la peur ou le ressentiment à l'égard de tiers en raison de leur race, de leur couleur, de leurs croyances, de leur religion ou de leur sexe, parce qu'elle estimait que cette incrimination était trop large, interdisant aussi bien les « paroles de défi » que les discours protégés, et parce que les dispositions en cause étaient fondées sur la teneur du message, n'interdisant que les agissements qui faisaient passer un message concernant certains sujets. Cependant, dans *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 2003), elle a opéré un quasi-revirement de jurisprudence, jugeant que ceux qui brûlaient des croix pouvaient être sanctionnés pour la commission d'une infraction pénale dès lors que leur conduite était un signal d'intimidation imminente et que l'État prouvait l'intention d'intimider. Elle a néanmoins estimé qu'en toute hypothèse, la charge de la preuve ne devait pas reposer sur l'accusé, qui ne devait pas avoir à démontrer qu'il n'avait pas l'intention en brûlant la croix d'intimider qui que ce fût. Dans son opinion dissidente, le juge Thomas est pour sa part allé encore plus loin, expliquant que le fait de brûler une croix était toujours une menace d'une sorte ou d'une autre et que cet agissement n'était donc pas, selon lui, protégé par le premier amendement. On peut donc dire que, d'un point de vue matériel, l'opinion du Tribunal fédéral suisse sur la négation du génocide est conforme tant à l'avis majoritaire de la Cour suprême américaine dans *Virginia v. Black* qu'à celui de la Cour suprême canadienne dans *R. v. Keegstra*.

De plus, dans le cas particulier de la **négation du génocide des Arméniens**, il y a un **besoin impérieux supplémentaire** de faire obstacle à la haine et à la discrimination dont font parfois l'objet les Arméniens, qui sont une **minorité vulnérable** dans certains pays, et qui devraient donc bénéficier, comme toute autre minorité vulnérable, d'une attention et d'une protection spéciales, si nécessaire au moyen de dispositions pénales (48) (⁴⁸ Voir les rapports inquiétants sur la situation des Arméniens dans le quatrième rapport de l'ECRI sur la **Turquie** (2011, §§ 90-91 et 142), le troisième rapport de l'ECRI sur l'**Azerbaïdjan** (2011, § 101), le troisième rapport de l'ECRI sur la **Géorgie** (2010, § 74) et le troisième rapport de l'ECRI sur la **Turquie** (2005, §§ 35 et 89-93). **Nous ne sommes donc pas d'accord avec la présomption sous-tendant le raisonnement de la majorité, qui consiste à penser que la nécessité d'une protection d'ordre pénal s'est amenuisée au fil du temps.** Cet aspect de la nécessité de l'incrimination de la négation du génocide a été ignoré aussi bien par le Conseil constitutionnel français que par la majorité du Tribunal constitutionnel espagnol, mais **non par les juges dissidents** et le *Fiscal General*, qui ont estimé que **la persistance des mouvements racistes et xénophobes en Europe était un motif suffisant pour justifier l'incrimination de la négation du génocide.**)

22. Comme l'a dit la Cour dans l'affaire ***Garaudy*, accuser les victimes elles-mêmes de falsifier l'histoire** est « une des formes les plus aigües de diffamation raciale envers [elles] et d'incitation à la haine à leur égard » et, partant, est « **de nature à troubler gravement l'ordre public** » et à **porter atteinte aux droits d'autrui** (49) (⁴⁹ *Garaudy*, précité, et, devant le Comité des droits de l'homme, *Robert Faurisson c. France*, communication no 550/1993, 8 novembre 1996. Ainsi, le paragraphe 49 de l'observation générale no 34 du Comité des droits de l'homme ne reflète ni la jurisprudence antérieure du Comité des droits de l'homme ni la jurisprudence constante de la Cour. De plus, il n'aborde pas la question de la justification et de l'apologie d'un crime perpétré par le passé, qui appelle incontestablement une sanction pénale. Enfin, il ne vise que « l'expression d'une opinion erronée » et l'« interprétation incorrecte d'événements du passé ». Ces expressions sont ambiguës et trompeuses. Il est certain que le Comité n'avait pas l'intention d'y inclure des « déclarations délibérément fausses quant à l'existence d'un crime », encore moins des déclarations délibérément

fausses sur l'existence du pire des crimes, le génocide. Si tel était le cas, il reconnaîtrait également à l'apologie et la justification d'un assassin et de ses actes infâmes voire à la négation délibérée de la Shoah la qualité de discours relevant de la liberté d'expression. Ce paragraphe au libellé malheureux doit donc, tant qu'il n'a pas été révisé, être interprété de manière stricte et conforme au paragraphe 3 de l'article 19 et à l'article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. C'est d'ailleurs exactement ce qu'a fait le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale dans sa recommandation générale no 35 précitée.

Cette considération doit s'appliquer également aux Arméniens. **Les souffrances subies par un Arménien du fait de la politique génocidaire de l'Empire Ottoman ne valent pas moins que celles d'un Juif sous la politique génocidaire nazie. Et la négation du Hayots Tseghaspanutyun (Հայոց Յեղասպանութիւն) ou Meds Yeghern (Մեծ եղեռն) n'est pas moins dangereuse que la négation de la Shoah.**

(...)

Conclusion

29. Dans une interview accordée à CBS en 1949 et disponible sur internet, **Raphael Lemkin**, qui est l'inventeur du terme « génocide » et l'inspirateur de la Convention sur le génocide, a dit ceci : « **J'ai commencé à m'intéresser au génocide parce qu'il était arrivé aux Arméniens et que leur sort a été totalement ignoré à la Conférence de Versailles : leurs bourreaux étaient coupables de génocide, et ils n'ont pas été punis.** » Depuis plusieurs décennies, les meurtres massifs planifiés, la torture systématique et la déportation organisée du peuple arménien et l'éradication préméditée de la chrétienté en Turquie qui ont eu lieu au début du XXe siècle sont considérés comme un « **génocide oublié** ». **Mais les auteurs de la présente opinion ne l'oublient pas.** Nous estimons donc que l'incrimination de la négation du génocide et la sanction infligée au requérant, en pleine conformité avec le droit en vigueur dans l'État défendeur, **pour avoir nié l'existence du génocide des Arméniens, n'ont pas emporté violation de l'article 10 de la Convention.** »

563. Il s'agit là, sans aucun doute, de **l'un des plus beaux hommages** rendus, par des **juges internationaux**, à la **souffrance** endurée par les **victimes d'un crime contre l'humanité**, en l'occurrence les victimes du **Génocide Arménien**.

*

.../...

2-3-2-2./ L'ARTICLE 6 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789, TEL QU'INTERPRETE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, FAIT INDUMENT OBSTACLE A LA TRANSPOSITION ADEQUATE DE LA DECISION-CADRE DU 28 NOVEMBRE 2008

564. Malgré les critiques doctrinales avisées, le **Conseil constitutionnel** persiste dans sa **jurisprudence paralogique** qu'il a appliquée très récemment aux **lois de reconnaissance des génocides** :

« (...) 4. *Considérant que, d'une part, aux termes de l'article 6 de la **Déclaration de 1789** : 'La loi est l'expression de la volonté générale...'; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et **doit** par suite être revêtue d'une **portée normative**;*

5. *Considérant que, d'autre part, aux termes de l'article 11 de la **Déclaration de 1789** : «La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, **sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi** » ; que l'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ; que, sur ce fondement, **il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer; qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi;***

6. *Considérant qu'une disposition législative ayant pour objet de '**reconnaître**' un **crime de génocide** ne saurait, en elle-même, être revêtue de la **portée normative** qui s'attache à la loi; que, toutefois, l'article 1er de la loi déférée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide '**reconnus comme tels par la loi française**'; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une **atteinte inconstitutionnelle** à l'exercice de la liberté d'expression et de communication; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1er de la loi déférée doit être déclaré contraire à la Constitution; que son article 2, qui n'en est pas séparable, doit être également déclaré contraire à la Constitution » (...) »*

(**CC, décision n°2012-647 DC du 28 Février 2012**, Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi).

565. Pour déclarer contraire à la Constitution la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi (**loi KRIKORIAN-BOYER** – du nom de **l'Avocat qui l'a conçue** et de la **Députée qui l'a portée, au sens premier de législateur**), le Conseil constitutionnel suit le **faux syllogisme** suivant :

.../...

- **majeure 1** : la loi **doit**, en vertu de l'article **6 DDH**, à peine d'être déclarée **inconstitutionnelle**, être **normative** (considérant **4**);

- **majeure 2** : seule la **loi** peut limiter la **liberté d'expression et de communication** (considérant **5**);

- **majeure 3** : une **loi de reconnaissance d'un génocide** n'est pas normative (considérant **6**);

- **mineure** : la Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi limite la liberté d'expression en **renvoyant** à une loi ayant pour objet de reconnaître un crime de génocide;

- **conclusion** : la Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi est contraire à la Constitution en ce que seule une **norme** législative pouvait limiter la liberté d'expression et de communication.

566. Le raisonnement du juge constitutionnel est **manifestement vicié** en ce qu'il s'appuie sur des **prémises fausses** : « *la loi (...) doit par suite être revêtue d'une portée normative.* » (**majeure 1**) et une loi de reconnaissance d'un génocide n'est pas normative (**majeure 3**).

567. Il a, en effet, été établi précédemment que la loi n'a pas à être normative puisqu'**elle est a priori normative** et qu'en s'arrogeant le pouvoir de contrôler la **normativité** de la loi qu'aucun texte constitutionnel ou législatif lui attribue, **le Conseil constitutionnel usurpe sur les droits du Parlement.**

568. Le contrôle de constitutionnalité portant sur un **rapport de conformité** d'une loi, norme législative, avec une norme constitutionnelle, il est évident qu'il ne peut porter que sur une **norme.**

569. En outre, le Parlement national, à l'instar des quatre Puissances victorieuses en 1945, du Parlement européen en 1987 ou du Conseil de Sécurité de l'ONU en 1993 et 1994, tire de sa **souveraineté naturelle inaliénable** qu'aucune norme constitutionnelle ne saurait limiter, le pouvoir non pas de faire l'Histoire, mais de **prendre acte d'un fait historique incontestable**, le **qualifier juridiquement** selon le Code pénal français et le **rendre opposable** à toutes les personnes placées sous la juridiction de la France.

570. Pourrait-on, à cet égard, se considérer encore en **République** si chacun des pouvoirs constitués pouvait contester la raison d'être des autres organes constitutionnels? Or, en vertu de l'article **89, dernier alinéa** de la Constitution du 04 Octobre 1958, « **La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.** »

571. A l'évidence, ce que le Constituant ne peut faire, le Conseil constitutionnel ne peut pas faire davantage.

572. Une **loi de reconnaissance** d'un génocide ou de tout autre fait de l'Histoire est donc une **norme législative à part entière** en ce qu'elle se trouve investie d'une **normativité pure**, en tant que provisoirement détachée de la sanction de sa transgression, comme le sont les normes constitutionnelles fixées à l'article **2** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« La langue de la République est le français.

L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge.

L'hymne national est la 'Marseillaise'.

La devise de la République est 'Liberté, Egalité, Fraternité.'

Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. »

573. On peinerait à déceler dans cet énoncé **indicatif** – dont atteste l'emploi, à cinq reprises, du verbe « **être** » et non pas « **devoir** », conjugué à la troisième personne du singulier – l'existence d'une norme si celle-ci n'était pas révélée par la **qualité de l'auteur** de la proposition, savoir, ici, le **Constituant** lui-même.

574. Pour autant, le nouveau délit d'**outrage public à l'hymne national et au drapeau tricolore** créé par l'article **433-5-1** du Code pénal, dans sa rédaction issue de la **loi n°2003-239 du 18 Mars 2003** pour la sécurité intérieure et qui **renvoie** à l'article **2** de la Constitution, a été jugé **conforme à celle-ci** (**CC, Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003** - Loi pour la sécurité intérieure, consid. **99 à 106**) :

- « (...)

SUR L'ARTICLE 113 :

99. Considérant que cet article insère dans le code pénal un article 433-5-1 ainsi rédigé : «Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 € d'amende. - Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende » ;

*100. Considérant que les députés et sénateurs requérants estiment que ces dispositions portent « **une atteinte grave à la liberté d'expression, de conscience et d'opinion** » ; qu'elles sont en outre contraires « **au principe de légalité des délits et des peines et au principe de nécessité des sanctions** » ;*

*101. Considérant, d'une part, que l'article **10** de la Déclaration de 1789 dispose que «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; qu'en vertu de l'article **11** de la Déclaration : «La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ;*

102. Considérant, d'autre part, qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 2 de la Constitution « L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge » ; qu'à ceux de son troisième alinéa : « L'hymne national est La Marseillaise » ;

103. Considérant, enfin, qu'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, toutefois, il lui incombe d'assurer, ce faisant, la conciliation des exigences de l'ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées ;

.../...

104. *Considérant que sont exclus du champ d'application de l'article critiqué les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementées par elles ; que l'expression « manifestations réglementées par les autorités publiques », éclairée par les travaux parlementaires, doit s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent ;*

105. *Considérant qu'en instituant un tel délit, le législateur a effectué la conciliation qu'il lui appartenait d'assurer entre les exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus ; que la peine qu'il a fixée ne revêt pas de caractère manifestement disproportionné par rapport à l'infraction ;*

106. *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sous la réserve d'interprétation énoncée au considérant 104, l'article 113 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ;*

(CC, **Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003** - Loi pour la sécurité intérieure).

575. Il est clair, dès lors, que ce que le **Conseil constitutionnel** a entendu censurer, pour la circonstance, le 28 Février 2012, **en contradiction avec sa jurisprudence antérieure qui lui est opposable**, est une **incrimination par référence, mécanisme juridique qui a présidé aux lois n°2001-70 et 2001-434 des 29 Janvier et 21 Mai 2001** et qui se trouvait au cœur de la **loi KRIKORIAN-BOYER** tendant à transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

576. Or, **l'incrimination par référence** – qui est au cœur de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008** dont l'article **1er** renvoie au **Statut de la Cour pénale internationale (§ 1, c)** et au **Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (§ 1, d)** - est **totaleme nt validée** par la jurisprudence du Haut Conseil.

577. Satisfont, ainsi, au **principe constitutionnel de légalité des délits et des peines** consacré par l'article **8 DDH** :

- les expressions « *dirigeants de droit ou de fait* », « *qui n'auront pas fait toute diligence* » **employées dans d'autres textes législatifs**, qui, malgré leur généralité, « *définissent de façon suffisamment précise les infractions pénales visées à l'article 27; (...)* » (**CC, décision n°84-181 DC du 10 Octobre 1984**, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, consid. **23**);

- le **renvoi** « *à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le code pénal ou par des lois spéciales en termes suffisamment clairs et précis* » (**CC, décision n°86-13 DC du 03 Septembre 1986**, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat; dans le même sens **CC, décision n°2010-604 DC du 25 Février 2010**, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, consid. **9**; **CC, décision n°2010-85 QPC du 13 Janvier 2011, Etablissements DARTY et Fils**, consid. **4**);

- « **la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs** », **précisée par la jurisprudence et des textes internationaux** (CC, **décision n°2004-492 DC du 02 Mars 2004**, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, consid. 13 et 14).

- En dehors du droit pénal, dans le respect de l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées en matière administrative « **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).

578. Une loi ne saurait, dès lors, être censurée du fait qu'elle puise dans un **autre texte constitutionnel, législatif ou international**, un des éléments de l'infraction pénale qu'elle définit, **obligation qui incombe au seul législateur**, à l'exclusion du juge dont la mission est d'appliquer la loi aux faits qu'elle régit.

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

580. De même : « (...) 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**).

581. Il est à relever, à ce propos, que le délit prévu à l'article **24 bis** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse, dans sa rédaction issue de la loi n°90-615 dite **Gaysot** du **13 Juillet 1990**, procède, pour la définition de ses éléments constitutifs, par **renvoi** à « **l'article 6 du statut du tribunal international annexé à l'accord de Londres du 8 Août 1945** ».

582. Concernant la lutte contre le négationnisme, à l'échelon européen, c'est, comme susdit, le même mécanisme d'**incrimination par référence** qu'utilise la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 qui renvoie, pour la **définition** des « **crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre** » dont « **l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques** » sont punissables, aux « **articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale** » (article **1er, § 1, c**), **référence équivalente** à celle de « **l'article 6 de la charte du Tribunal militaire international annexée à l'accord de Londres du 8 août 1945** » (article **1er, § 1, d**).

583. On doit rappeler, ici, pour évacuer toute ambiguïté, que **définir** signifie « **Déterminer par une formule précise l'ensemble des caractères qui appartiennent à un concept.** » (**Dictionnaire culturel en langue française Le Robert, 2005, v° Définir, p. 2185**).

584. De même, **reconnaître** (**rappeler à sa mémoire**) s'entend comme « **Saisir (un objet) par l'esprit, par la pensée, en reliant entre elles des images, des perceptions qui le concernent; distinguer, identifier, connaître par la mémoire, le jugement ou l'action** », mais aussi « **Tenir pour vrai après une recherche** », « **Admettre officiellement l'existence juridique de. Reconnaître la compétence d'un tribunal. Reconnaître un gouvernement, un nouvel Etat, l'indépendance d'une ancienne colonie.** » (**ibid., v° Reconnaître, p. 40**).

585. On peut ajouter qu'en logique générale « **La définition, considérée comme opération de l'esprit, consiste à déterminer la compréhension caractérisant un concept.** » (**André LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF Quadrige, 3^e édition Novembre 2010, v° Définition, p. 207**).

586. Il résulte de ce qui précède que la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 a, pour déterminer les faits dont la négation pouvait être pénalement poursuivie, procédé par **compréhension (connotation)** et **non pas par extension (dénotation)**. Seul le **concept** de « **crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre** » a été imposé aux Etats membres dans la définition de l'incrimination du négationnisme, ceux-ci restant libres du **choix du critère d'identification** de chacun de ces crimes dont la **liste n'a pas été préétablie**, mais qui **reste déterminable** au vu des multiples actes nationaux et internationaux de reconnaissance.

587. Il est, donc, constant qu'aucune disposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 ni aucune autre norme du droit de l'Union européenne n'interdisent aux Etats membres de recourir, aux fins de **transposition**, à une loi d'incrimination faisant **référence** elle-même à une **loi de reconnaissance d'un génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre**, qui lui serait antérieure ou postérieure.

588. On doit ajouter que la notion de **référence**, classique en linguistique (**John STUART MILL; Bertrand RUSSELL, Gottlob FREGE**), est **indispensable à l'intelligibilité** du discours. Elle ne saurait, en conséquence, être bannie de la langue du Droit.

« On remarquera que, dans les trois acceptions (sensibilité, direction, signification), le *sens* suppose une *extériorité*, une *altérité*, disons une *relation à autre chose qu'à soi*. Aucun des cinq sens ne se perçoit lui-même (l'odorat est inodore, l'ouïe est inaudible, la vue est invisible...). Prendre l'autoroute en direction de Paris n'est possible qu'à condition de n'être pas à Paris. Et un signe n'a de sens que dans la mesure où il *renvoie à autre chose qu'à lui-même*. Quel mot qui se signifie soi? Quel acte? *Tout signifiant renvoie à un signifié, comme tout signe à un référent*. (...)» (André COMTE – SPONVILLE, Dictionnaire philosophique, PUF, Quadrige quatrième édition Septembre 2013, v° SENS, p. 911).

589. C'est dire que l'article **6 DDH** dont le **Conseil constitutionnel** tire « *qu'une disposition législative ayant pour objet de 'reconnaître' un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi* » **ajoute à la décision-cadre susvisée une condition qu'elle ne prévoit pas** et fait, dans ces conditions, **obstacle à sa transposition adéquate en droit interne**. En effet, **toute loi de transposition** qui ferait **référence** à un texte législatif de droit interne ayant pour objet de reconnaître un génocide – à l'instar de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** relative à la **reconnaissance du génocide arménien de 1915** - serait, en application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, déclarée contraire à la Constitution, alors même qu'elle aurait strictement rempli les exigences du **principe de légalité des délits et des peines** en livrant une **définition claire et précise** du génocide dont la contestation est pénalement réprimée.

590; L'interprétation que le Conseil constitutionnel donne à l'article **6 DDH** se révèle, dans ces conditions, **contraire au droit de l'Union européenne** et devait, en conséquence, être écartée par le Conseil d'Etat. La Haute juridiction administrative sera tenue d'adopter cette ligne de conduite jurisprudentielle après que la Cour de justice **aura dit pour droit** que le droit de l'Union **s'oppose** à l'interprétation que le Conseil constitutionnel français donne de l'article **6 DDH**.

591. En effet, le contrôle de constitutionnalité intervenant en **aval** du processus législatif (avant ou après promulgation de la loi) et donc indépendamment de l'injonction qu'il a été demandé au **Conseil d'Etat** de prononcer à l'encontre de **Monsieur le Premier ministre** aux fins de dépôt d'un projet de loi tendant à la transposition de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008**, il est impératif qu'au préalable intervienne un arrêt par lequel la **Cour de justice de l'Union européenne** dise pour droit que ladite décision-cadre, ainsi que le droit primaire de l'Union européenne **s'opposent** à une législation nationale tel l'article **6 DDH**, doté de la portée que l'interprétation jurisprudentielle constante du Conseil constitutionnel confère à ce texte.

592. L'**interprétation** notamment de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008** est, donc, nécessaire et relève bien de la compétence de la Cour de justice.

2-3-2-3./ L'OBLIGATION D'INTERPRETER LE DROIT NATIONAL D'UNE MANIERE QUI SOIT PROPRE A ASSURER LA CONFORMITE DE CELUI-CI AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

593. Celle-ci résulte tant du **principe de primauté** et de l'**effet direct** du droit de l'Union européenne, que du **principe de coopération loyale** (art. 4, § 3 TUE).

594. On rappelle, à cet égard, que « *le rôle de la Cour de justice dans le cadre de l'article 177, dont le but est d'assurer l'unité d'interprétation du traité par les juridictions nationales, confirme que les Etats ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions;*

Qu'il faut conclure de cet état de choses 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, indépendant 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;

Que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires; (...)»

(CJUE, 05 Février 1963, Van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, C-26/62).

595. La **primauté** du droit de l'Union est « *indivisible, inconditionnelle et absolue* » et « *vaut, par conséquent à l'égard du droit national dans son ensemble* » (Rostane MEHDI, Professeur à l'Université Paul Cézanne -Aix-Marseille III – et au Collège d'Europe de Bruges, Chaire Jean Monnet, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 196, Ordre juridique communautaire. Primauté du droit communautaire, Mars 2006, § 43).

596. La **Cour de Luxembourg** confirme, à ce propos, « *Qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même;*

Que le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté;

Qu'en conséquence il y a lieu de faire application de l'article 177, nonobstant toute loi nationale, au cas où se pose une question d'interprétation du traité;

(CJUE, 15 Juillet 1964, Costa c/ E.N.E.L., C-6/64)

597. Il est derechef jugé ultérieurement que « *le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même;*

Que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat; (...)

(CJUE, 17 Décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft MBH, C-11/70, point 3)

598. Le juge de l'Union européenne dit, encore, pour droit que « *la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles. »*

(CJUE, Troisième Chambre, 19 Novembre 2009, Krzysztof FILIPIAK c/ Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, C-314/08).

599. Il est précisé, sous l'angle du **principe de coopération loyale** des Etats membres, que « *en vertu d'une jurisprudence constante développée à propos de l'article 10 CE, mais trouvant également à s'appliquer à l'égard de l'article 192 EA, le devoir des Etats membres, en vertu desdites dispositions, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit communautaire s'impose à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Aussi appartient-il à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire. Si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire (voir, notamment, arrêts du 4 février 1988, Murphy e.a., 157/86, Rec. p. 673, point 11, ainsi que du 26 septembre 2000, Engelbrecht, Rec. p. I-7321, points 38 à 40).(...) »*

(CJUE, Grande Chambre, 27 Octobre 2009, Land Oberösterreich c/ CEZ as, C-115/08).

600. Le juge de Luxembourg réaffirme, plus récemment, que « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (voir, notamment, arrêts Simmenthal, précité, points 21 et 24; du 20 mars 2003, Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-2741, point 73; du 3 mai 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, point 72, ainsi que du 19 novembre 2009, Filipiak, C-314/08, non encore publié au Recueil, point 81).*

44. En effet, serait **incompatible** avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union 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 écartier les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union (voir arrêts *Simmenthal*, précité, point 22, ainsi que du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec. p. I-2433, point 20). Tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit de l'Union et une loi nationale, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit de l'Union, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire (voir, en ce sens, arrêt *Simmenthal*, précité, point 23). (...)

(CJUE, Grande Chambre, 22 Juin 2010, Aziz MELKI, C-188/10; Sélim ABDELI, C-189/10).

601. La prise de position présentée le 07 Juin 2010 par Monsieur l'Avocat général J. MAZAK, dans l'affaire précitée, ne va pas dans un sens différent :

« 76. (...) En conséquence, nous considérons que, en cas de conflit entre une décision de la Cour à la suite d'un renvoi préjudiciel et d'une décision d'une juridiction nationale, y compris d'une cour constitutionnelle, la primauté du droit de l'Union impose au juge national d'appliquer la décision de la Cour et de laisser inappliquée la décision de la juridiction nationale contraire. (Voir, par analogie, arrêt *Filipiak*, précité.) »

602. Il est, ainsi, établi qu'une norme constitutionnelle ou l'interprétation que l'organe juridictionnel compétent lui donne (en l'espèce, le Conseil constitutionnel) ne saurait, pas plus qu'une disposition législative ou réglementaire nationale, contrarier l'application du principe de primauté du droit de l'Union européenne.

603. Tel est, pourtant, en l'espèce, l'effet de l'article 6 DDH, compte tenu de l'interprétation récente que lui donne le Conseil constitutionnel (CC, n°2005-512 DC du 21 Avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école; CC, décision n°2012-647 DC du 28 Février 2012, Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi).

604. Il est, en outre, rappelé, qu'aux termes de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution du 04 Octobre 1958 : « 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. »

605. Si, dans la perspective du prochain contrôle juridictionnel du refus de transposition opposé par la France, le Conseil d'Etat appliquait cette disposition constitutionnelle, combinée avec l'article 6 DDH, tel qu'interprété nouvellement par le juge constitutionnel, il ne serait pas en mesure de donner sa pleine efficacité au droit de l'Union européenne qui commande aux vingt-huit Etats membres, dont la France, de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008, le délai, pour ce faire, étant expiré depuis le 28 Novembre 2010.

606. En effet, il est clair, au vu de la dernière jurisprudence du Conseil constitutionnel, que toute loi de transposition de ladite décision-cadre qui renverrait à une **loi de reconnaissance d'un génocide** serait déclarée inconstitutionnelle, alors même que le mécanisme de **l'incrimination par référence** n'a été interdit ni par cet acte ni par aucune autre norme du droit de l'Union.

607. Il échet d'observer, ici, qu' « *il est de jurisprudence constante que, en appliquant le droit interne, les juridictions nationales sont tenues de l'interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat visé par celle-ci et, partant, se conformer à l'article 288, troisième alinéa, TFUE. Cette obligation d'interprétation conforme du droit national est en effet inhérente au système du traité FUE en ce qu'elle permet aux juridictions nationales d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elles tranchent les litiges dont elles sont saisies (voir, notamment, arrêts du 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835, point 114; du 23 avril 2009, Angelidaki e.a., C-387/07 à C-380/07, Rec. p. I-3071, points 197 et 198, ainsi que arrêt du 19 janvier 2010, Küçükdeveci, C-555/07, Rec. p. I-365, point 48)*.

(CJUE, Grande Chambre, 24 Janvier 2012, Maribel DOMINGUEZ c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la Région Centre, n° C-282/10, point 24).

608. Le principe d'interprétation conforme s'applique, de même, aux décisions-cadres :

« 43. (...) *le principe d'interprétation conforme s'impose au regard des décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne. En appliquant le droit national, la juridiction de renvoi appelée à interpréter celui-ci est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE.*

(...)

47. *L'obligation pour le juge national de se référer au contenu d'une décision-cadre dans l'interprétation des règles pertinentes de son droit national cesse lorsque ce dernier ne peut pas recevoir une application telle qu'il aboutisse à un résultat compatible avec celui visé par cette décision-cadre. En d'autres termes, le principe d'interprétation conforme ne peut servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national. Ce principe requiert néanmoins que la juridiction nationale prenne en considération, le cas échéant, l'ensemble du droit national pour apprécier dans quelle mesure celui-ci peut recevoir une application telle qu'il n'aboutit pas à un résultat contraire visé par la décision-cadre. (...)*»

(CJUE, Grande Chambre, 16 Juin 2005, Maria PUPINO, C-105/03).

609. Dans cet ordre d'idées, il résulte du considérant 13 de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 que son objectif est de « *faire en sorte que les **infractions racistes et xénophobes** soient à tout le moins passibles dans tous les Etats membres d'un niveau minimum de **sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives** », étant rappelé qu'en vertu de son considérant 10, celle-ci « *n'empêche pas un Etat membre d'adopter des dispositions de droit interne étendant le champ d'application de l'article 1er, paragraphe 1, points c) et d), aux crimes visant un groupe de personnes défini par des critères autres que la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, tels que le statut social ou les convictions politiques.* »*

610. De plus, comme susmentionné, l'article **1er, § 1, points c) et d)** ne renvoie qu'aux articles **6, 7 et 8** du **Statut de la Cour pénale internationale** du 17 Juillet 1998 (**Statut de Rome**), entré en vigueur le 1er Juillet 2002, pour la définition des « **crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre** » dont « **l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques** » doivent être rendues punissables par les Etats membres, mais nullement à l'article **11** dudit Statut (« **Compétence ratione temporis** ») aux termes duquel « *La Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence après l'entrée en vigueur du présent Statut.* »

611. On en déduit logiquement qu'il n'a pas pu être dans l'intention du Conseil de l'Union européenne de rendre punissable le négationnisme des seuls crimes qui auraient été commis à compter du 1er Juillet 2002, à l'exclusion de ceux qui sont antérieurs à cette date.

612. En effet, si tel était le cas, la référence au **Statut du Tribunal militaire international** de Nuremberg n'aurait **aucun sens** et aboutirait à une **contradiction logique**, laquelle n'a pu inspirer le Conseil de l'Union.

613. Il est clair que le **Génocide Arménien** reconnu par la **loi n°2001-70** du 29 Janvier 2001 – toujours en vigueur - répond parfaitement à la définition du **génocide** qu'en donne l'article **6** du **Statut de Rome** auquel renvoie l'article **1er, § 1, point c)** de la décision-cadre du 28 Novembre 2008 :

« Art. 6. - Crime de génocide

*Aux fins du présent Statut, on entend par **crime de génocide** l'un des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un **groupe national, ethnique, racial ou religieux**, comme tel :*

- a) meurtre de membres du groupe;*
- b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;*
- c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;*
- d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;*
- e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. »*,

les **Arméniens** dont la destruction a été programmée, organisée et exécutée par l'Empire ottoman en 1915 – dont la Turquie actuelle est le continuateur direct – formant un **groupe national, ethnique, racial et religieux**.

614. Il convient de rappeler les exigences du **principe d'égalité de traitement** que doit respecter le législateur communautaire, **en toutes circonstances**, y compris lorsqu'il dispose d'un large pouvoir d'appréciation, c'est dire « *lorsque son action implique des **choix de nature politique, économique et sociale** et lorsqu'il est appelé à effectuer des **appréciations et des évaluations complexes*** » :

« (...)

58 Toutefois, même en présence d'un tel pouvoir, **le législateur communautaire est tenu de baser son choix sur des critères objectifs et appropriés par rapport au but poursuivi par la législation en cause** (voir, en ce sens, arrêts du 15 septembre 1982, Kind/CEE, 106/81, Rec. p. 2885, point 22 et 23, ainsi que Sermide, précité, point 28), **en tenant compte de tous les éléments factuels ainsi que des données techniques et scientifiques disponibles au moment de l'adoption de l'acte en question** (voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 1998, Safety Hi-Tech, C-284/95, Rec. p. I-4301, point 51).(...) »

(CJUE, Grande Chambre, 16 Décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. C/ Premier ministre, Ministre de l'Ecologie et du Développement durable, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, n°C-127/07).

615. C'est dire qu'au regard du **principe d'égalité de traitement**, le **Génocide Arménien** – dont le **Parlement européen** a, par sa résolution du 18 Juin 1987, reconnu la **réalité historique**, a – implicitement, mais nécessairement - été compris dans le champ d'application de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008. Le droit de l'Union européenne commande, partant, que l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publique de ce génocide soit rendue punissable par la législation de chacun des vingt-sept Etats – aujourd'hui vingt-huit - membres, dont la France.

616. On doit ajouter que « *l'existence d'une règle de droit interne liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait, de ce seul fait, les priver de la faculté prévue à l'article 267 TFUE de saisir la Cour des questions d'interprétation du droit de l'Union* (voir, en ce sens, arrêts précités Rheinmühlen-Düsseldorf, points 4 et 5, ainsi que Cartesio, point 94). **La juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre**, notamment si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre **un jugement contraire au droit de l'Union, de saisir la Cour des questions qui la préoccupent** (arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a., C-378/08, non encore publié au Recueil, point 32).

(...)

54 Il convient, par ailleurs, de souligner que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à **transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union** ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de **garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union** (voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, points 15 à 20; du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, point 27, ainsi que du 18 juillet 2007, Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199, point 53).

55 En effet, pour autant que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité aboutit à l'abrogation d'une loi nationale se limitant à **transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union** en raison de la contrariété de cette loi à la Constitution nationale, la Cour pourrait, en pratique, être privée de la possibilité de procéder, à la demande des juridictions du fond de l'Etat membre concerné, au contrôle de la validité de ladite directive par rapport aux mêmes motifs relatifs aux exigences du droit primaire, et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à laquelle l'article 6 TUE confère la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités.

.../...

56 *Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable. En outre, l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause.*

(CJUE, Grande Chambre, 22 Juin 2010, Aziz MELKI, C-188/10; Sélim ABDELI, C-189/10, points 42; 54 à 56).

617. Ainsi, malgré la place qu'il occupe au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, le **Conseil d'Etat** n'a pas compétence pour apprécier la conformité des lois à la Constitution, contrôle qui est réservé au seul **Conseil constitutionnel** (articles 61 et 61-1 de la Constitution du 04 Octobre 1958).

618. Pour autant, les juridictions nationales – notamment le **Conseil d'Etat** et, présentement, le **Tribunal administratif de Marseille** - doivent être **libres**, si elles estiment que le contrôle de constitutionnalité de la future loi de transposition de la décision-cadre pourrait conduire à une décision contraire au droit de l'Union en ce que le Conseil constitutionnel, comme il l'a fait le 28 Février 2012, déclarerait inconstitutionnelle une telle loi au seul motif qu'elle fait référence à une **loi de reconnaissance d'un génocide**, comme celle n°2001-70 du 29 Janvier 2001, de **saisir la Cour de justice de l'Union européenne** des questions dont dépend la solution du litige qu'elles doivent trancher au principal.

619. En effet, étant saisi d'une **demande contentieuse** tendant à rendre effective l'obligation de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008 (« *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte (...)* » (article 1er, § 1)), le juge administratif est appelé à s'assurer que le texte législatif dont l'inscription à l'ordre du jour du Parlement est l'objet de l'injonction qu'il délivre au Gouvernement, puisse être **effectivement voté et promulgué**, sans risquer d'être censuré par le Conseil constitutionnel. Il n'est pas indifférent, dès lors, à ce stade de l'examen, de savoir, compte tenu de l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel, en vertu de l'article **62, alinéa 3** de la Constitution, si le juge national doit **s'estimer lié** par la nouvelle jurisprudence constitutionnelle relative à la normativité de la loi ou si, à l'inverse, il doit **la laisser inappliquée**, comme étant **contraire au droit de l'Union européenne** :

- Dans la première hypothèse, le juge administratif serait amené à refuser l'injonction demandée par les requérants, en ce qu'elle a pour objet le dépôt d'un projet de loi de transposition **faisant référence à une loi de reconnaissance d'un génocide**;

- Dans la seconde hypothèse, il ne trouverait **aucun obstacle** à la délivrance d'une telle injonction et ferait droit intégralement à la demande des requérants.

620. En outre, s'agissant de la **transposition d'une décision-cadre** dont l'objet est de « **rapprocher davantage les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres et de surmonter les obstacles à une coopération judiciaire efficace qui tiennent essentiellement à la disparité des approches législatives dans les Etats membres** » (considérant **3**), une telle transposition manquerait son but si elle tolérait que subsistent des **différences substantielles** dans les législations respectives des Etats membres dans le traitement du négationnisme au moyen du droit pénal. De surcroît, dans une telle hypothèse, serait méconnue la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne de « **garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union** ».

621. Or, la règle prétorienne nouvellement dégagée par le Conseil constitutionnel, selon laquelle une **loi de reconnaissance d'un génocide** – comme la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** relative à la reconnaissance du Génocide Arménien - n'est pas normative et ne peut, dès lors, permettre de transposer la décision-cadre du **28 Novembre 2008**, **heurte de front** le droit de l'Union européenne qui commande, à l'inverse, que l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques de **tous les génocides** – y compris le **Génocide Arménien** – soit rendue punissable par les Etats membres.

622. Dans ces conditions, il semble difficile d'interpréter la nouvelle règle constitutionnelle française relative à la **normativité de la loi** conformément au droit de l'Union européenne, sauf à considérer que l'interprétation de l'article **6 DDH** ne peut permettre au Conseil constitutionnel d'étendre son contrôle de constitutionnalité d'une loi de transposition d'une décision-cadre au-delà de l'examen du **caractère manifestement incompatible** de la loi avec la norme qu'elle a pour objet de transposer, à l'identique de celui qu'il exerce en matière de transposition de directives :

- « (...) 7. *Considérant qu'aux termes de l'article **88-1** de la Constitution : 'La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences'; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une **exigence constitutionnelle** à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne;*

(...)

9. *Considérant que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déférée ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent; que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge; que, sous cette réserve, les 2 et 3 du I de l'article 6 se bornent à tirer les **conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises** du 1 de l'article 14 de la directive susvisée **sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer**; que, par suite, les griefs invoqués par les requérants ne peuvent être utilement présentés devant lui;(...)*

(CC, **décision n°2004-496 DC du 10 Juin 2004**, Loi pour la confiance dans l'économie numérique)

- « (...) 19. Considérant que, s'agissant de la possibilité d'accès aux décodeurs donnée aux éditeurs de services de télévision diffusés en mode numérique visés à l'article 30-1 de la loi du 30 septembre 1986, l'article critiqué **se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du premier alinéa de l'article 6 de la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer**; que, dans cette mesure, les griefs invoqués par les requérants ne peuvent être utilement présentés à son encontre; (...) »

(CC, décision n°2004-497 DC du 1er Juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle)

- « (...)

17. Considérant qu'aux termes de l'article **88-1** de la Constitution : 'La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences'; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle.

18. Considérant qu'il appartient par suite 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;

19. Considérant, en premier lieu, que 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;

20. Considérant, en second lieu, que, 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 des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne; qu'il ne saurait en conséquence 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 revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel;

(...)

35. Considérant que les dispositions critiquées se bornent à tirer les **conséquences nécessaires de ces dispositions inconditionnelles et précises sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer**; que, par suite, le grief invoqué par les requérants ne peut être utilement présenté devant lui;

(...)

(CC, décision n°2006-540 DC du 27 Juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information).

- « (...) - Quant à l'exigence de transposition des directives européennes :

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)

- « (...) 3. *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'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de **dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne**; qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne;*

4. *Considérant que les dispositions contestées se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 29 avril 2004 qui ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France; que, par suite, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité susvisée;*

(CC, décision n°2012-79 QPC du 17 Décembre 2010, M. Kamel D.)

623. En tout état de cause, la **très forte probabilité d'invalidation** par le **Conseil constitutionnel** d'une future loi de transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 se référant à une loi de reconnaissance d'un génocide, comme la **loi** n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative à la reconnaissance du Génocide Arménien, justifie à elle seule, dès lors que cette invalidation serait **contraire au droit de l'Union européenne**, de saisir la Cour de Luxembourg de la question préjudicielle d'interprétation du droit de l'Union.

624. On sait, en effet, que « *La juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre, notamment si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union, de saisir la Cour des questions qui la préoccupent* (arrêt du 9 mars 2010, *ERG e.a.*, C-378/08, non encore publié au Recueil, point 32).

(CJUE, Grande Chambre, 22 Juin 2010, Aziz MELKI, C-188/10; Sélim ABDELI, C-189/10, point 42).

625. De plus, « (...) 39. *La divergence par rapport à l'opinion de la juridiction d'appel ne fait pas non plus obstacle à la demande. En effet, la demande de décision préjudicielle a pour objet de lever les doutes concernant l'interprétation du droit communautaire* (Voir arrêt du 15 septembre 2005, *Intermodal Transports – C-495/03, Rec. p. I-8151, point 33*). *Des divergences d'opinion entre les juridictions sur les questions de droit communautaire démontrent que la demande de décision préjudicielle est fondée sur de véritables doutes.* (...) (Conclusions de l'Avocat général Mme Juliane KOKOTT, présentées le 22 Octobre 2009, sous CJUE, Grande Chambre, 09 Mars 2010, *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA et a.*, C-378/08).

626. On doit, en outre, rappeler que « *l'obligation de saisir la Cour d'une question préjudicielle que prévoit l'article 234, troisième alinéa, CE à l'égard des juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours a notamment pour but de prévenir que s'établisse dans un Etat membre une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire* (voir, notamment, arrêt du 22 février 2001, *Gomes Valente*, C-393/98, Rec. p. I-1327, point 17 et jurisprudence citée). (...) »

(CJUE, Première Chambre, 15 Septembre 2005, *Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën*, C-495/03, point, 29).

627. Dans le même arrêt, la Cour dit pour droit :

« La juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours de droit interne est toutefois **tenue**, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à **aucun doute raisonnable**; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du **risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté**; (...) »

(v. déjà, pour le **risque de divergences de jurisprudence** : CJUE, 06 Octobre 1982, Srl CILFIT, C-283/81, point 7).

628. Il est patent, en l'occurrence, que l'interprétation qui conduit à **exclure du champ normatif les lois de reconnaissance des génocides**, à l'instar de la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** relative à la reconnaissance du Génocide Arménien est **propre au Conseil constitutionnel français** et risque fortement de conduire à des **divergences** dans la transposition de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008** au sein des législations nationales respectives, contrairement à l'objectif de ladite décision-cadre et donc en contradiction avec le droit de l'Union européenne.

629. La recevabilité, en l'espèce, d'une telle question préjudicielle ne saurait, partant, être sérieusement contestée devant la Cour de justice de l'Union européenne.

630. De même, la pratique jurisprudentielle consistant à publier sur le **site internet officiel** du Conseil constitutionnel une **prise de position** quant à la **normativité des lois de reconnaissance de génocides**, comme la **loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** relative à la reconnaissance du Génocide Arménien (*pièce n°137*), apparaît comme étant **nettement incompatible** avec le **droit à un procès équitable (droit à un juge impartial)**, garanti par l'article 6 CEDH et l'article 47 de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**.

631. Enfin, la **théorie des actes de gouvernement** dont le Premier ministre et le Ministre des affaires étrangères et européennes prétendaient naguère qu'elle trouve à s'appliquer à la présente espèce, **malgré l'évolution significative de la jurisprudence du Conseil d'Etat**, concernant **l'application du droit de l'Union européenne**, justifie que soit posée la question préjudicielle de l'interprétation du droit de l'Union européenne, à cet égard.

*

632. Il découle, dès lors, des règles du droit de l'Union ci-dessus rappelées :

1°) qu'il appartenait au **Conseil d'Etat** saisi du litige au principal (**recours pour excès de pouvoir** tendant à la transposition en droit interne la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 et demande de délivrance d'injonction de déposer devant le Parlement un projet de loi tendant au vote d'une loi réalisant ladite transposition, par référence notamment à une loi de reconnaissance des génocides) de laisser inappliqué l'article **62, alinéa 3** de la Constitution aux fins de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne.

Cette solution est, au demeurant, fortement induite de la propre jurisprudence du **Conseil constitutionnel** :

« (...) 13. *Considérant, en premier lieu, que l'autorité qui s'attache aux décision du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution;*

(**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);

2°) qu'il appartenait, de même, au juge administratif suprême de poser à la **Cour de justice de l'Union européenne** les **questions préjudicielles** suivantes :

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

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

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

*

633. Il résulte de ce qui précède que loin de considérer la **décision** du 28 Février 2012 comme un **dogme indépassable**, le Gouvernement français, qui supporte, au nom de la France, la **responsabilité principale** du **défaut de transposition** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, devait, conformément à l'engagement pris devant l'Union et la Nation, mettre en œuvre toutes les voies de droit aux fins que soient levés les obstacles illicites à ladite transposition.

Deux moyens étaient et sont toujours à la disposition de l'exécutif français :

- Le premier consiste à **retirer la déclaration** faite le 28 Novembre 2008 au titre de l'article **1er § 4** (v. **lettres de Maître Philippe KRIKORIAN** au Président de la République en date des 20, 27 Janvier 2012, 19 Novembre 2012 et lettre cosignée par **Monsieur Robert ASSANTE** du 17 Mars 2014, toutes demeurées infructueuses).

- Le second à soutenir les **demandes de décisions préjudicielles** des requérants tendant à l'invalidation de l'article **1er § 4** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 et à l'interprétation du droit primaire et dérivé du droit de l'Union.

Le pouvoir exécutif qui a négligé l'un et l'autre moyen, sans aucune motivation, ne saurait se plaindre d'obstacles qu'il est en son pouvoir de supprimer, ni user de tergiversations.

*

634. Il y aura lieu, pour le Tribunal administratif de Marseille – et présentement le **Conseil constitutionnel** - d'adresser à la **Cour de justice de l'Union européenne** les demandes de décisions préjudicielles suivantes portant sur la validité de l'article 1er paragraphe 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et sur l'interprétation du droit de l'Union :

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

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

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

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

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

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

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

1-d°) « Les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une pratique jurisprudentielle propre au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits français, telle que la théorie des actes de gouvernement, aujourd'hui cristallisée par l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, sur le fondement de laquelle certains actes de l'exécutif national sont exclus du contrôle juridictionnel, au motif qu'ils touchent aux relations avec le Parlement ou à la conduite des relations diplomatiques de l'Etat, alors même que de tels actes sont susceptibles de violer les droits fondamentaux, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective, en empêchant que soit désignée la juridiction nationale compétente pour contrôler la légalité du refus de transposer en droit interne un acte de droit dérivé, telle la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ? » ;

1-e°) « **Le Génocide Arménien, crime contre l'humanité notoire commis par l'Empire ottoman pendant la première guerre mondiale, au préjudice des populations civiles arméniennes, constituant la Nation arménienne, reconnu par de nombreux instruments nationaux et internationaux, notamment la résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne » (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), peut-il être exclu de l'incrimination du négationnisme ou, à l'inverse, doit-il être implicitement, mais nécessairement considéré comme compris dans le champ d'application de la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal dont l'article 1er, § 1, sous c) procède par compréhension (connotation) et renvoie, pour la définition des crimes de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre dont l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques, dès lors qu'elles s'accompagnent d'un risque d'incitation à la violence ou à la haine, doivent être rendues punissables par chacun des Etats membres de l'Union européenne, au plus tard le 28 Novembre 2010, 'aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale', convention qui oblige la Suisse (signature du 18 Juillet 1998 et ratification du 12 Octobre 2001 avec déclaration au titre de l'article 103 § 1 du Statut) et dont l'article 69 § 6 rappelle que 'La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire' ? » ;**

1-f°) « **L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant la liberté d'expression doit-il, au regard de l'objectif de la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (rapprochement des législations pénales européennes pour lutter plus efficacement contre le racisme et la xénophobie), être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation, telle celle que la France doit adopter, aux fins de respecter son obligation de transposer ladite décision-cadre, en tant que celle-ci aurait pour objet de rendre punissables l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques notamment du Génocide Arménien, reconnu, en particulier par la résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne » (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), dès lors que le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ? »**

2-3-2-4./ LA NECESSITE DE SAISIR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE DE QUESTIONS PREJUDICIELLES COMPLEMENTAIRES

673. La **demande de décision préjudicielle complémentaire** portera sur les problématiques suivantes, en **amont**, puis en **aval**, de l'examen de la **compétence de l'ordre juridictionnel** pour connaître du présent litige :

- la **rétroactivité du revirement de jurisprudence** relatif à la nouvelle définition de la **voie de fait** (TC, 17 Juin 2013, n°C 3911) conjuguée à la **théorie des actes de gouvernement** encore appliquée par le **Tribunal des conflits** (1);

- la délimitation du **champ d'application** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 et sa compatibilité avec la **liberté d'expression**, plus particulièrement en ce qui concerne le **Génocide Arménien**, au cœur du litige dont est actuellement saisie la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** (2);

2-3-2-4-1./ LA RETROACTIVITE DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE RELATIF A LA NOUVELLE DEFINITION DE LA VOIE DE FAIT EST-ELLE CONFORME AU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE AU REGARD DE LA THEORIE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT DONT LE TRIBUNAL DES CONFLITS PERSISTE, AU XXI° SIECLE, A FAIRE APPLICATION?

674. On sait, à cet égard, que l'application immédiate dans l'instance en cours d'une **règle de prescription nouvelle** issue de l'**évolution de la jurisprudence** doit être écartée au profit de la victime d'une atteinte au respect de la présomption d'innocence, dès lors qu'elle « *aboutirait à priver la victime d'un **procès équitable**, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge;* »

(Cass. Ass. Plén. 21 Décembre 2006, Sté La Provence c/ Mme D..., n°A 00-20.493).

Cependant, l'**aggravation d'un régime de responsabilité médicale**, en matière d'infection nosocomiale, résultant d'un **revirement de jurisprudence** (passage, à la faveur d'un arrêt du 29 Juin 1999, d'une **obligation de moyens** à une **obligation de sécurité résultat**) ne prive pas le médecin du **droit à l'accès au juge** :

« *la **sécurité juridique**, invoquée sur le fondement du **droit à un procès équitable**, pour contester l'application immédiate d'une **solution nouvelle** résultant d'une **évolution de la jurisprudence**, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la **partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge** ; que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;* »

(Cass. 1° Civ., 11 Juin 2009, 07-14.932)

Quant à la **voie de fait** de l'Administration, laquelle conditionne la compétence de la juridiction judiciaire, elle a été récemment **redéfinie** par le **Tribunal des conflits** :

« (...) »

*Considérant qu'il n'y a **voie de fait** de la part de l'administration, justifiant, par **exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires**, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à **l'exécution forcée**, dans des conditions **irrégulières**, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la **liberté individuelle** ou aboutissant à **l'extinction d'un droit de propriété**, soit a pris une **décision** qui a les mêmes effets d'atteinte à la **liberté individuelle** ou d'**extinction d'un droit de propriété** et qui est **manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative** ; que l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration ;*

(...) »

(**TC, 17 Juin 2014, Sté ERDF, n°C 3911**)

Par cette jurisprudence, le **Tribunal des conflits** a considérablement restreint le champ d'application de la voie de fait et, partant, l'étendue de la compétence de la juridiction judiciaire.

A notamment été retiré au juge judiciaire le contentieux des **libertés fondamentales** qui, depuis la **loi n°2000-597 du 30 Juin 2000** relative au référé devant les juridictions administratives, appartient au **juge des référés administratifs**, en vertu de l'article **L. 521-2** du Code de justice administrative (CJA).

Cette notable restriction du champ d'application de la voie de fait est-elle applicable aux faits de l'espèce (refus de transposer la **décision-cadre** résultant de la **décision implicite de rejet** du Premier ministre du 31 Juillet 2011) antérieurs au revirement du 17 Juin 2013?

On peut, en effet, sérieusement en douter au regard du **droit d'accès à un tribunal** (art. **16 DDH**; art. **6 § 1 CEDH**; art. **14 § 1 PIDCP**) et du **droit à une protection juridictionnelle effective** (art. **19 TUE**).

Ces normes ne seront, en l'espèce, respectées que pour autant que le **Tribunal des conflits**, saisi directement, sur le fondement de l'article **17** du **décret du 26 Octobre 1849** (ou, sur renvoi de la **Cour de cassation**, en application de l'article **34** du même **décret**) désigne, conformément à sa mission régulatrice, la ou les juridictions compétentes pour contrôler la légalité du refus de transposer la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, opposé de façon persistante par le Premier ministre.

Doit, donc, être bannie du raisonnement des Hautes juridictions – et, spécialement du **Tribunal des conflits** - toute référence à la **théorie des actes de gouvernement** qui abolit tout contrôle juridictionnel des actes de l'exécutif.

Précisément, la **Cour de cassation** a récemment fait application de la nouvelle définition de la voie de fait à une **situation litigieuse antérieure** au 17 Juin 2013 :

« (...)

Sur le premier moyen :

Vu la loi des 16-24 août 1790 ;

*Attendu qu'il n'y a **voie de fait** de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'**exécution forcée**, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la **liberté individuelle** ou aboutissant à l'**extinction d'un droit de propriété**, soit a pris une **décision** qui a les mêmes effets d'atteinte à la **liberté individuelle** ou d'**extinction d'un droit de propriété** et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'**autorité administrative** ;*

*Attendu que pour retenir l'existence de **voies de fait** fondant la **compétence du juge judiciaire**, l'arrêt énonce, d'une part, que les travaux d'aménagement réalisés par la commune avec l'assentiment de Mme X... ont conduit à supprimer les signes distinctifs de la limite entre sa terrasse et le domaine public, entraînant ainsi une occupation irrégulière de sa propriété privée par les automobilistes, d'autre part, que la commune, qui ne disposait que d'un point d'ancrage permettant l'accrochage d'une lanterne sur la façade de l'immeuble appartenant à Mme X..., a, sans avoir sollicité l'accord de cette dernière, créé trois points d'ancrage supplémentaires ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations qu'**aucun de ces agissements n'avait abouti à l'extinction du droit de propriété de l'intéressée**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

(**Cass. 1^o Civ., 13 Mai 2014**, n°12-28.248)

Toutefois, si, dans l'espèce susvisée, la **Cour de cassation** a pu estimer que l'application immédiate de la règle nouvelle ne portait pas atteinte au **droit à l'accès au juge**, c'est en raison de la **compétence du juge administratif** qu'implique sa décision du 13 Mai 2014, qui permettra à la partie naguère victime d'une voie de fait de saisir le juge administratif.

Or, en l'occurrence, rien ne garantit aux demandeurs au pourvoi que le **Tribunal des conflits**, que la **Cour de cassation** doit saisir, en application de l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849**, dans l'hypothèse où celle-ci, faisant application de la **nouvelle définition restrictive de la voie de fait**, écarterait la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître du litige (demande contentieuse de transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008), désignera la juridiction administrative – notamment le **Conseil d'Etat** – pour contrôler la légalité du refus de transposition opposé par le Premier ministre.

.../...

En effet, l'interprétation que le **Tribunal des conflits** donne de l'article **17, alinéa 1er** du **décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits (saisine directe en cas de double déclaration d'incompétence sur la même question de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire) conduit **paradoxalement** à en exclure l'application lorsque la situation litigieuse est qualifiée d'**acte de gouvernement**.

Ainsi, d'une part, le **Tribunal des conflits** s'attache, dans la réalité jurisprudentielle, au titre de l'examen de la **recevabilité** de la requête présentée sur le fondement de l'article **17** du **décret du 26 Octobre 1849**, à vérifier que « *l'une des deux juridictions saisies était compétente* » (**TC, 06 Novembre 1967, Société des bois du Sud c/ Société Néo-Calédonienne d'énergie**, Rec. p. 655).

Il en est déduit, d'autre part, doctrinalement, par d'**éminents membres du Tribunal des conflits**, notamment son **actuel Vice-Président, Monsieur Jacques ARRIGHI de CASANOVA**, en termes exprès, que l'**acte de gouvernement** fait obstacle à la **saisine directe** du **Tribunal des conflits** sur le fondement de l'article **17** du **décret du 26 Octobre 1849**, (**règlement du conflit négatif**) de même qu'au **renvoi** de la question de compétence en application de l'article **34** du même décret (**prévention du conflit négatif**) :

« (...)

C. - Règlement du conflit négatif sur requête des parties 1° Conditions du conflit négatif

38. - Pour que le Tribunal des conflits soit conduit à régler un conflit négatif en application de l'article **17** du **décret du 28 octobre 1849**, il n'est pas nécessaire que les décisions intervenues sur la compétence présentent un caractère définitif (*T. confl.*, 6 nov. 1967, *Sté des bois du Sud c/ Sté Néo-calédonienne d'énergie* : Rec. CE, p. 655). En revanche, trois conditions doivent être réunies :

- - il doit, en premier lieu, se trouver en présence d'une double déclaration d'incompétence émanant de chacun des deux ordres juridictionnels. Il n'y a ainsi pas conflit négatif si l'une des juridictions a décliné sa compétence, mais non celle de l'ordre auquel elle appartient (*T. confl.*, 9 juill. 1953, *Joffre* : Rec. CE, p. 590. - 13 janv. 1958, *Ould Cadi Boulouffad* : RD publ. 1958, p. 311) ;
- - en deuxième lieu, les décisions doivent porter sur la même question, c'est-à-dire se rapporter au même litige, au sens où l'entend la jurisprudence (*V. supra n° 29*) ;
- - quant à la troisième condition, elle ne soulève en principe pas de difficultés : il faut que l'un des deux ordres juridictionnels qui a décliné sa compétence ait été compétent pour statuer sur le litige considéré (*T. confl.*, 6 nov. 1967, *Sté des Bois du Sud c/ Sté Néo-calédonienne d'énergie* : Rec. CE, p. 655), ce qui est généralement le cas, sauf si le litige relève du Conseil constitutionnel en tant que juge de l'élection, ou même échappe à la compétence de toute juridiction en tant qu'**acte de gouvernement**.

«

(**Jacques ARRIGHI de CASANOVA**, Conseiller d'Etat, Vice-Président du Tribunal des conflits, depuis le 20 Janvier 2014, Juris-Classeur Justice administrative, Fasc. 70-18 : JUGEMENT. - Saisine du Tribunal des conflits, 07 Octobre 2011)

« (...)

142. Il n'y a pas matière à saisir le Tribunal des conflits en application de l'article **34** du décret du 26 octobre 1849 si le litige ne relève ni des juridictions administratives, ni des juridictions judiciaires. Ce peut être le cas d'un litige échappant à la compétence de toute juridiction en tant qu'**acte de gouvernement**. Il n'y a pas non plus risque de conflit négatif permettant à la juridiction saisie en second de transmettre le dossier au Tribunal des conflits, si l'affaire relève du Conseil constitutionnel en tant que juge de l'élection (CE 19 févr. 1990, *Préfet de la Corse du Sud c/ Wallez*, Rec. CE, p. 44). (...) »

.../...

(**Marie-Aimée LATOURNERIE** Président de section au Conseil d'État et **Jacques ARRIGHI DE CASANOVA** Conseiller d'État, actuel Vice-Président du Tribunal des conflits, depuis le 20 Janvier 2014, – Tribunal des conflits, Répertoire Dalloz de contentieux administratif – Février 2007, mise à jour Juin 2013)

Ainsi, à suivre cette **thèse erronée** qui fait bon marché du **droit à une protection juridictionnelle effective** garanti tant par la **norme constitutionnelle** (article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 - DDH), que le **Traité sur l'Union européenne - TUE** (article **19 § 1, alinéa 2**), le **conflit négatif** générateur de **déni de justice** ne pourrait être ni prévenu ni réglé.

Une telle solution, si jamais elle a été à jadis justifiée par les mentalités dominantes de l'époque, ne peut plus être acceptée, au **XXI^e siècle**, dans une **Société démocratique** comme l'est et doit le demeurer la France, qui s'est engagée à respecter et protéger les droits fondamentaux, spécialement depuis l'avènement du **bloc de constitutionnalité** (**CC, 16 Juillet 1971, liberté d'association**).

Il convient, partant, au vu de la jurisprudence précitée du **Tribunal des conflits** (**TC, 06 Novembre 1967, Société des bois du Sud c/ Société Néo-Calédonienne d'énergie**, Rec. p. 655) et des commentaires récents appuyés de son nouveau Vice-Président, laissant sérieusement à penser que cette jurisprudence n'est nullement abandonnée, de saisir la **Cour de justice de l'Union européenne** d'une **demande de décision préjudicielle** tendant à faire déclarer la **théorie de l'acte de gouvernement non conforme au droit de l'Union**.

On sait, en effet, que « *La juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre, notamment si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union, de saisir la Cour des questions qui la préoccupent* (arrêt du 9 mars 2010, *ERG e.a.*, C-378/08, non encore publié au Recueil, point 32).

(**CJUE, Grande Chambre, 22 Juin 2010, Aziz MELKI**, C-188/10; **Sélim ABDELI**, C-189/10, point 42).

De plus, « (...) 39. *La divergence par rapport à l'opinion de la juridiction d'appel ne fait pas non plus obstacle à la demande. En effet, la demande de décision préjudicielle a pour objet de lever les doutes concernant l'interprétation du droit communautaire (Voir arrêt du 15 septembre 2005, *Intermodal Transports* – C-495/03, Rec. p. I-8151, point 33). Des divergences d'opinion entre les juridictions sur les questions de droit communautaire démontrent que la demande de décision préjudicielle est fondée sur de véritables doutes.* (...)

(Conclusions de l'Avocat général **Mme Juliane KOKOTT**, présentées le 22 Octobre 2009, sous **CJUE, Grande Chambre, 09 Mars 2010, Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA et a.**, C-378/08).

On doit, en outre, rappeler que « *l'obligation de saisir la Cour d'une question préjudicielle que prévoit l'article 234, troisième alinéa, CE à l'égard des juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours a notamment pour but de prévenir que s'établisse dans un Etat membre une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire (voir, notamment, arrêt du 22 février 2001, *Gomes Valente*, C-393/98, Rec. p. I-1327, point 17 et jurisprudence citée). (...)* »

(CJUE, Première Chambre, 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën, C-495/03, point, 29).

Dans le même arrêt, la Cour **dit pour droit** :

« La juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours de droit interne est toutefois **tenue**, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à **aucun doute raisonnable**; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du **risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté**; (...) »

(v. déjà, pour le **risque de divergences de jurisprudence** : CJUE, 06 Octobre 1982, Srl CILFIT, C-283/81, point 7).

Or, comme susdit, eu égard à la loi votée par l'Espagne le 13 Juillet 1998 précitée qui a confié le contentieux des **actos políticos** (**actes de gouvernement**) au juge administratif, il est exclu que la France trouve dans la jurisprudence espagnole un quelconque soutien de la théorie défendue, encore au **XXI^e siècle**, au sein d'une **Société démocratique**, membre d'une **communauté de droit**, par les seuls **Conseil d'Etat** et **Tribunal des conflits** français.

Isolée, la position française s'en trouve, dès lors, d'autant plus affaiblie.

En effet, dès lors que la théorie des actes de gouvernement conduit à **abolir tout contrôle juridictionnel des actes de l'exécutif**, elle ne peut, en aucune façon, être acceptée au sein de l'Union européenne où elle est **loin de faire l'unanimité**.

Rien ne permet d'affirmer, dans ces conditions, au vu de la jurisprudence de la **Cour de Luxembourg**, qui s'impose à **toutes les juridictions** des Etats membres, que l'application correcte du droit de l'Union européenne – le **droit à une protection juridictionnelle effective** dont procède le **droit à l'accès au juge** et qui conditionne l'**applicabilité immédiate** de la nouvelle définition de la **voie de fait** (**TC, 17 Juin 2014, Sté ERDF, n°C 3911**) - s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à **aucun doute raisonnable** :

« Enfin, **l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée. Avant de conclure à l'existence d'une telle situation, la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour de justice. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que la juridiction nationale pourra s'abstenir de soumettre cette question à la Cour et la résoudre sous sa propre responsabilité.** »

(CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT, n°283/81, point 16; CJUE 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV, C-495/03, points 33 et 39)

*

.../...

La **demande de décision préjudicielle** pourrait, dès lors, être libellée de la façon suivante :

*« Les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une pratique jurisprudentielle propre au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits français, telle que la théorie des actes de gouvernement, aujourd'hui cristallisée par l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, sur le fondement de laquelle certains actes de l'exécutif national sont **exclus du contrôle juridictionnel**, au motif qu'ils touchent aux relations avec le Parlement ou à la conduite des relations diplomatiques de l'Etat, alors même que de tels actes sont susceptibles de violer les droits fondamentaux, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective, en empêchant que soit désignée la juridiction nationale compétente pour contrôler la légalité du refus de transposer en droit interne un acte de droit dérivé, telle la **DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL** du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ? » ;*

2-3-2-4-2./ L'ETENDUE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL DU 28 NOVEMBRE 2008 SUR LA LUTTE CONTRE CERTAINES FORMES ET MANIFESTATIONS DE RACISME ET DE XENOPHOBIE AU MOYEN DU DROIT PENAL ET SA COMPATIBILITE AVEC LA LIBERTE D'EXPRESSION

675. Il doit être rappelé, à cet égard, qu'à la demande du **gouvernement suisse**, le **collège de cinq juges** a décidé, le 02 Juin 2014, de renvoyer l'affaire **Perinçek c. Suisse** (requête n°27510/08) devant la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** (pièce n°187).

Au cœur de cette affaire se trouve le **Génocide Arménien** dont **Dogu PERINCEK**, nationaliste turc, avait propagé le **négationnisme** jusqu'en **Suisse** sur le territoire de laquelle il avait affirmé **publiquement, à plusieurs reprises, de façon abusive** et dans une **posture provocatrice**, que le **Génocide Arménien constituerait** un « *mensonge international* » (CEDH, 17 Décembre 2013, requête n°27510/08, §§ 3 et 51).

Ainsi, la **Cour européenne des droits de l'homme**, siégeant en une chambre présidée par **Monsieur Guido RAIMONDI** (**Italie**), le 17 Décembre 2013 (délibéré en chambre du conseil du 12 Novembre 2013), après avoir analysé la condamnation pour **négationnisme** de PERINCEK :

- en une **ingérence prévue par la loi** « *au sens du second paragraphe de l'article 10 de la Convention* » (§ 72) (« *il n'est pas contesté que la condamnation du requérant est fondée sur un texte accessible, à savoir l'article 261bis, alinéa 4, du code pénal (paragraphe 14 ci-dessus)* », § 69), « *la sanction pénale était prévisible pour le requérant (lequel) n'ignorait pas qu'en qualifiant le génocide arménien de «mensonge international», il s'exposait, sur le territoire suisse, à une sanction pénale* » (§ 71),

- poursuivant un **but légitime** (« *La Cour estime que la mesure litigieuse était susceptible de viser la protection des droits d'autrui, à savoir l'honneur des familles et proches des victimes des atrocités commises par l'Empire ottoman contre le peuple arménien à partir de 1915* » (§ 75),

estime, curieusement, que **cette ingérence n'était pas nécessaire** et qu'en condamnant le requérant à une **peine d'amende** la **Suisse** a violé l'article **10** de la Convention :

« 129. *Compte tenu de ce qui précède et notamment à la lumière des éléments de droit comparé, la Cour considère que les motifs avancés par les autorités nationales pour justifier la condamnation du requérant ne sont pas tous pertinents et, considérés dans leur ensemble, s'avèrent insuffisants. Les instances internes n'ont pas démontré en particulier que la condamnation du requérant répondait à un « besoin social impérieux » ni qu'elle était nécessaire, dans une société démocratique, pour la protection de l'honneur et les sentiments des descendants des victimes des atrocités qui remontent aux années 1915 et suivantes. Les instances internes ont donc dépassé la marge d'appréciation réduite dont elles jouissaient dans le cas d'espèce, qui s'inscrit dans un débat revêtant un intérêt public certain.*

130. *Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.* »

On ne peut, cependant, souscrire au raisonnement suivi par la **Cour de Strasbourg**.

En effet :

1°) D'une part, quant à « *α) La nature du discours du requérant et la marge d'appréciation dont jouissaient les tribunaux internes* », pour conclure que « *la marge d'appréciation des autorités internes était réduite.* » (§ 113), la Cour retient que « *le discours du requérant était de nature à la fois historique, juridique et politique.* » (§ 112).

Ce faisant, la majorité de la Chambre persiste dans la fausse idée que le **Génocide Arménien** s'inscrirait « *dans un débat controversé et animé* » (§ 112).

Il a, toutefois, été établi précédemment que ni la **réalité des faits** ni leur **qualification de génocide** au sens de l'article 6 du **Statut de Rome** ou de l'article 261 bis du Code pénal suisse, ne sauraient être sérieusement contestées eu égard au **nombreux actes de reconnaissance** de ce crime contre l'humanité que des **travaux concordants d'experts internationaux** ont précédés et suscités.

Il est à rappeler, ici, qu'aux termes de l'article 69, § 6 du **Statut de Rome** (« *Preuve* »), « *La Cour (pénale internationale) n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire.* »

N'étant pas saisie de la question de savoir si la Turquie a commis un génocide à l'encontre des Arméniens – cette question ayant été déjà **tranchée irrévocablement** (v. notamment parmi les nombreux actes de reconnaissance : **Tribunal Permanent des peuples**, 1984 ; **Rapport Whitaker** 1985 ; résolution du **Parlement européen** du 18 Juin 1987; **loi française** n°2001-70 du 29 Janvier 2001) - la CEDH devait tenir compte des différents actes de reconnaissance qui lui sont **totalemtent opposables** pour considérer le **Génocide Arménien** comme étant un **crime international notoire** au sens notamment de l'article 69, § 6 du **Statut de Rome**, Statut auquel elle se réfère expressément en ce qu'il lie la Suisse (§ 20).

2°) De deuxième part, quant à la « *β) Méthode adoptée par les instances internes pour fonder la condamnation du requérant : la notion de « consensus* », il ressort de l'arrêt critiqué que la Cour a mis en doute l'existence d'un « *consensus général* », *en particulier scientifique, sur des événements tels que ceux qui sont en cause ici, étant donné que la recherche historique est par définition controversée et discutable et ne se prête guère à des conclusions définitives ou à des vérités objectives et absolues (voir, dans ce sens, l'arrêt no 235/2007 du Tribunal constitutionnel espagnol, paragraphes 38-40 ci-dessus).* » (§ 117) et « *estime que la méthode adoptée par les instances internes pour fonder la condamnation est sujette à caution.* » (§ 118).

Comme le premier grief, celui remettant en cause l'existence d'un **consensus général**, notamment scientifique, quant à la qualification de génocide, concernant le **crime de 1915** (**Metz Yeghern – la Grande Catastrophe**) procède d'une faute logique, le **diallèle**, savoir une **pétition de principe indirecte**, en l'occurrence le **faux postulat selon lequel cette question serait controversée**.

Or, d'une part, qu'une controverse soit alimentée par un petit cercle d'historiens, encore au XXI^e siècle, sur la réalité et la qualification du crime de 1915 – comme peut encore être discutée aujourd'hui la théorie du Big-Bang, à la faveur de l'émergence de thèses fantaisistes comme le créationnisme - n'exclut pas la **reconnaissance politique et juridique du Génocide Arménien**.

D'autre part, rapporté à la législation suisse dont la Cour a reconnu qu'elle donnait une **assise textuelle suffisante (accessible et prévisible)** à la condamnation du requérant (§ 72) et qu'elle poursuivait un **but légitime** (l'honneur des victimes et proches des victimes du génocide) (§ 75), le critère sociologique de « **consensus général** » adopté souverainement par les juridictions du fond suisses et dont l'existence a été constatée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 12 Décembre 2007, prend toute sa signification.

En effet, dès lors que le législateur fédéral suisse a fait le choix de ne pas définir en **extension (dénotation)**, mais seulement en **compréhension (connotation)**, le champ d'application du texte incriminant et réprimant le négationnisme (« *celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité;* ») et que la Cour européenne des droits de l'homme s'interdit d'ajouter à la législation nationale des dispositions qu'elle ne prévoit pas (« *La Cour ne conteste pas qu'il revient au premier chef aux autorités nationales, et tout particulièrement aux instances juridictionnelles, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, série A no 33, § 46)* ») (§ 114), le grief adressé aux juridictions helvétiques est sans portée.

En d'autres termes, la Convention, qui ne contient aucune stipulation interdisant une législation nationale visant à lutter contre le négationnisme, ne peut être invoquée pour empêcher l'Etat concerné d'atteindre le **but légitime** qu'il s'est fixé aux fins de défendre l'honneur des victimes de génocides et crimes contre l'humanité et de leurs descendants.

L'instrument dont la CEDH doit assurer l'interprétation authentique et dont elle doit contrôler la bonne application par les Etats y ayant adhéré est, partant, insusceptible de contrarier le choix par l'Etat concerné de laisser aux juridictions nationales le soin de **découvrir dans la sociologie du pays** l'existence d'un **sentiment général** partagé par la population en faveur de la reconnaissance de tel ou tel génocide ou crime contre l'humanité.

Seules l'allégation de **faits imaginaires (un fantasmagorique « génocide des Martiens par les Terriens »)**, de même que la qualification juridique **manifestement erronée** ou encore **hors de portée de la science actuelle** de faits réels ou irréels (l'éventuelle responsabilité de l'homme de Cro-Magnon - Homo sapiens sapiens - dans la disparition de l'Homme de Neanderthal) - au demeurant, totalement absentes, en l'espèce - seraient, le cas échéant, de nature à permettre de douter fortement de la pertinence des motifs invoqués par l'Etat pour limiter la liberté d'expression.

Or, la CEDH n'a pas établi en quoi le **consensus général, notamment scientifique** dont l'existence a été constatée par le **Tribunal fédéral** dans sons **arrêt** du 12 Décembre 2007 serait dépourvu de toute base sociologique réelle.

Dès lors, en faisant prévaloir « *la liberté d'expression du requérant* » sur « *l'honneur des familles et proches des victimes des atrocités* » (§ 111) la Cour a entaché son arrêt d'une **erreur manifeste d'appréciation**.

3°) De troisième part, « γ) **Quant à l'existence ou non d'un besoin social impérieux** », la Cour de Strasbourg « *estime, à l'instar du gouvernement turc, que la Suisse n'a pas prouvé en quoi il existerait chez elle un besoin social plus fort que dans d'autres pays de punir une personne pour discrimination raciale sur la base de déclarations contestant la simple qualification juridique de «génocide» de faits survenus sur le territoire de l'ancien Empire ottoman en 1915 et dans les années suivantes.* » (§ 120).

Il est, à cet égard, aisé de répondre que le **négationnisme d'Etat** de la Turquie actuelle, successeur de l'Empire ottoman, exporté hors de ses frontières par de nombreux zéloteurs, dont Dogu PERINCEK, est, sans doute, la meilleure preuve de la nécessité persistante de réprimer ce **délit** qui n'a plus aucune filiation avec la liberté d'expression, mais relève directement du **racisme** et de la **xénophobie**.

Par ailleurs, l'omission par la Cour de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal est révélatrice de l'**esprit partisan** qui anime la majorité des juges, sur laquelle s'est exercée la **forte pression de l'Etat turc**, intervenant, de même qu'elle est lourde de conséquence quant à la **juridicité** et la **permanence** de la solution retenue par la Cour.

Depuis, en effet, le 28 Novembre 2008, le **négationnisme n'a plus droit de cité sur le territoire de l'Union européenne**.

De plus, ainsi que les requérants l'ont démontré devant le **Conseil d'Etat** (**mémoire en réplique** du 16 Novembre 2012), puis la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** - laquelle, il importe de le souligner tant l'événement est exceptionnel, sans préjuger le fond de l'affaire, a tenu à rendre **un hommage public**, lors de l'audience du 17 Décembre 2013, à la motivation des appelants, ainsi qu'au travail de leur Avocat (conclusions d'appelants en réplique du 29 Novembre 2013 en quatre cent neuf pages), c'est au prix d'un **paralogisme manifeste** que le **Conseil constitutionnel français** a affirmé, dans sa décision du 28 Février 2012 « *qu'une disposition législative ayant pour objet de 'reconnaître' un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi;* » (§ 224/409 – § 236/409).

En effet, la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 (« **La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915** ») est investie, comme toutes les lois, d'une **normativité naturelle** et plus précisément :

- d'une **autonormativité** en ce que tous les **organes de l'Etat**, législatif, exécutif et juridictionnel, comme tous les pouvoirs publics, sont tenus au respect de la loi : **s'abstenir de nier le Génocide Arménien** ;

- d'une **hétéronormativité** : toutes les **personnes placées sous la juridiction de la France** sont tenues au même respect, la sanction de cette obligation devant être trouvée dans le droit civil et spécialement l'article **1382** du Code civil – quoiqu'en dise la Cour de cassation – lequel a **valeur constitutionnelle** et, le cas échéant, dans le droit pénal, comme l'impose, aujourd'hui, la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ;

- d'une **holonormativité** : c'est, donc, **l'Etat comme la Société civile, la France dans son entier**, qui sont les destinataires de la norme législative de 2001.

C'est, ainsi, une **obligation juridique** pour les vingt-huit Etats membres de l'Union européenne (UE) (**double obligation juridique pour la France** tirée de l'article **88-1** de la Constitution et du droit de l'Union) d'adopter, chacun en ce qui le concerne et selon ses propres règles constitutionnelles, une législation réprimant pénalement le négationnisme.

La lutte contre le négationnisme est désormais une **priorité normative** pour les Etats démocratiques européens, comme relevant de **l'ordre public de protection individuelle**, ce qui correspond bien à un « **besoin social impérieux** ». On ne voit pas pourquoi la **Suisse** serait exclue de ce **cercle des nations civilisées** au seul motif qu'elle n'est pas membre de l'UE.

4°) Enfin, de quatrième part, quant à la « **δ) Proportionnalité de la mesure au but visé** », il ne fait pas de doute, contrairement à l'opinion exprimée par la majorité des cinq juges, qu'elle a été respectée par la **condamnation seulement pécuniaire** infligée à Dogu PERINCEK qui encourait, pour les **propos négationnistes et haineux** qu'il a tenus sur le territoire suisse, une **peine d'emprisonnement de trois ans**.

La conclusion de la Cour (« *violation de l'article 10 de la Convention.* » - § **130**) ne peut, dès lors, qu'être **manifestement erronée**.

*

Dans ces conditions et au regard de **l'intérêt supérieur de civilisation** qui préside à cette affaire, la Suisse ne pouvait raisonnablement qu'inviter la **Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme** à **rectifier l'erreur manifeste d'appréciation** qui entache l'arrêt de chambre du 17 Décembre 2013.

Comme susdit, le **collège de cinq juges** a, le 02 Juin 2014, fait droit à la demande légitime de la **Suisse** en renvoyant l'affaire devant la **Grande Chambre** qui a examiné l'affaire en audience publique le 28 Janvier 2015.

*

.../...

On tire de ce qui précède que la **conception majoritaire** (cinq juges sur sept) qui a présidé à l'arrêt de la **CEDH** rendu le 17 Décembre 2013 est que **le Génocide Arménien serait controversé** et qu'en conséquence son **incrimination** et sa **répression** par l'un des Etats membres du Conseil de l'Europe – comme la Suisse ou la France - ne seraient pas compatibles avec les stipulations de la **Convention européenne des droits de l'homme**, notamment, son article **10** garantissant la **liberté d'expression**.

Il doit être souligné, à cet égard, que selon la **Déclaration d'Interlaken** du 19 Février 2010 (« *La Conférence de haut niveau, réunie à Interlaken, les 18 et 19 février 2010, à l'initiative de la Présidence suisse du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* »), la Conférence a rappelé « *la responsabilité première des Etats parties de garantir l'application et la mise en œuvre de la Convention, et, en conséquence, appelle les Etats parties à s'engager à :*

(...)

c) tenir compte des développements de la jurisprudence de la Cour, notamment en vue de considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre Etat partie lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe ;

(...) »

C'est dire que **l'autorité de chose jugée erga omnes** qui s'attache à l'arrêt de la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** est susceptible, selon ses termes, de sortir ses effets à l'égard de la **France**, quand bien même celle-ci n'aurait pas été partie à la procédure liée devant la **Cour de Strasbourg**.

Or, comme susdit, la **Grande Chambre** a éprouvé, dans l'arrêt du 15 Octobre 2015, le besoin de rappeler l'étendue de sa saisine et de sa compétence :

« (...) 102. *Il s'ensuit donc en l'espèce, comme la chambre l'a dit au paragraphe 111 de son arrêt, que la Cour non seulement n'est pas tenue de dire si les massacres et déportations massives subis par le peuple arménien aux mains de l'Empire ottoman à partir de 1915 peuvent être qualifiés de génocide au sens que revêt ce terme en droit international, mais aussi qu'elle est incompétente pour prononcer, dans un sens ou dans l'autre, une conclusion juridique contraignante sur ce point. (...)* ».

On en déduit aisément que la condamnation de la **Suisse** ne signifie pas que le juge européen fait sienne la **thèse négationniste** du « *mensonge international* » (sic) propagée par PERINCEK.

Il ne s'attache, partant, à la décision de la **majorité** des juges de la Cour de Strasbourg, quant à la **réalité** du **Génocide Arménien** – que **l'opinion dissidente** du **Président SPIELMANN** et de six de ses collègues qualifie d'évidente - **aucune autorité de la chose jugée** susceptible de contrarier la **transposition adéquate** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 **obligeant** chaque Etat membre de l'Union à **adopter une législation pénale réprimant le négationnisme, sans discrimination dans les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre** en faisant l'objet.

Or, en vertu du **principe de spécialité du juge de l'Union**, seule la **Cour de justice de l'Union européenne** a la compétence et le pouvoir aux fins de livrer de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008** une **interprétation authentique et faisant foi**, ainsi que pour **invalidier** son article **1er § 4**, comme demandé par les requérants, selon requête du 13 Mai 2014 (**C-243/14**).

La **lutte contre le racisme et la xénophobie** (art. **67 § 3 TFUE**) – dont procède le **négationnisme** – objet de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008**, n'a pas vocation à être circonscrite à l'**Union européenne**, mais doit, aussi, pouvoir être menée avec succès au sein du **Conseil de l'Europe**, dont la **France** et la **Suisse** sont toutes deux membres.

C'est en considération de cet **impératif de bonne justice**, que le 16 Juin 2014 (*pièce n°188*), l'Avocat des requérants a invité la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** à saisir la **Cour de justice de l'Union européenne** d'une **demande d'avis** (**demande de décision préjudicielle**) fondée sur l'article **A1 – Mesures d'instruction - Annexe au Règlement de la CEDH du 1er Juillet 2013** :

« Eu égard au **caractère exceptionnel** de la problématique du **Génocide Arménien** relevant du **JUS COGENS** et d'un **intérêt supérieur de civilisation**, il me semblerait particulièrement indiqué que la **Grande Chambre**, faisant application de l'article **A1 – Mesures d'instruction - Annexe au Règlement de la CEDH du 1er Juillet 2013**, aux termes duquel :

« (...)

2. *La chambre peut aussi inviter toute personne ou institution de son choix à exprimer un avis ou à lui faire un rapport écrit sur toute question que la chambre juge pertinente pour l'affaire. (...)* »,

décide de **surseoir à statuer** et adresse à la **Cour de justice de l'Union européenne** (**CJUE**) une **demande d'avis** ou de **rapport écrit**, pouvant être qualifiée de **demande de décision préjudicielle**, étant rappelé que cette Haute juridiction est d'ores et déjà saisie, depuis le 13 Mai 2014, par **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** et autres **requérants** d'une **demande de décision préjudicielle** (affaire n° **C-243/14**) tendant à :

1°) l'**invalidation** de l'article **1er § 4** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du **Conseil du 28 Novembre 2008** sur la **lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal** (**JOUE 06 Décembre 2008, L. 328/55**) ;

2°) l'**interprétation** du droit de l'**Union européenne** ;
(...)

La question à poser par la **Grande Chambre** à la **Cour de Luxembourg** aurait pu, dès lors, être libellée comme suit :

« Le **Génocide Arménien, crime contre l'humanité notoire** commis par l'**Empire ottoman** pendant la première guerre mondiale, au préjudice des **populations civiles arméniennes**, constituant la **Nation arménienne**, reconnu par de nombreux instruments nationaux et internationaux, notamment la **résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne »** (n°C 190/119) et la **loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 »** (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), peut-il être exclu de l'incrimination du négationnisme ou, à l'inverse, doit-il être **implicitement**, mais **nécessairement** considéré comme **compris** dans le **champ d'application** de la **DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal** dont l'article 1er, § 1, sous c) procède par **compréhension (connotation)** et renvoie, pour la **définition des crimes de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre** dont l'**apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques**, dès lors qu'elles s'accompagnent d'un **risque d'incitation à la violence ou à la haine**, doivent être rendues punissables par chacun des Etats membres de l'Union européenne, au plus tard le **28 Novembre 2010, 'aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale', convention qui oblige la Suisse (signature du 18 Juillet 1998 et ratification du 12 Octobre 2001 avec déclaration au titre de l'article 103 § 1 du Statut)** et dont l'article **69 § 6** rappelle que *'La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire' ?*
(...) »

Il est patent, en tout état de cause, que les réponses de la **Cour de Luxembourg** aux **questions préjudicielles** susvisées étaient déterminantes tant dans la **transposition adéquate** par chacun des vingt-huit Etats membres de l'Union européenne de la **décision-cadre du 28 Novembre 2008** susmentionnée, que dans l'appréciation par la **Grande Chambre** de l'application par les juridictions suisses – notamment le **Tribunal fédéral** dans son **arrêt du 12 Décembre 2007** – de l'article **261 bis** du Code pénal suisse, qui ne laisse apparaître **aucune violation** de la **Convention européenne des droits de l'homme** ou de l'un de ses protocoles dont **Dogu PERINCEK** – compte tenu de son comportement constitutif d'un **abus de droit manifeste** prohibé par l'article **17** de la **Convention** - pourrait raisonnablement faire grief à la **Suisse**.

Cette demande du juge de la **Convention européenne des droits de l'homme** s'autorisait, en outre, par **réciprocité**, de l'engagement pris par l'**Union européenne**, à l'article **6 § 2 TUE**, aux termes duquel « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.* », de même qu'elle assurerait une **efficacité plus importante** des **instruments européens de défense des droits fondamentaux**.

Le refus – implicite – de la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** de poser à la CJUE les **questions préjudicielles** susmentionnées accuse davantage la faiblesse de l'arrêt rendu le **15 Octobre 2015** par sa majorité.

*

.../...

Il importe, dans ces circonstances, de rappeler, avec la **Cour de justice de l'Union européenne**, le rôle des juridictions nationales, spécialement celles « *dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » (art. 267 § 3 TFUE), au regard de leur obligation au titre du **renvoi préjudiciel** :

« (...) »

29 *À cet égard, il importe de rappeler, en particulier, que l'obligation de saisir la Cour d'une question préjudicielle que prévoit l'article 234, troisième alinéa, CE à l'égard des juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours a notamment pour but de prévenir que s'établisse dans un État membre une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire (voir, notamment, arrêt du 22 février 2001, Gomes Valente, C-393/98, Rec. p. I-1327, point 17 et jurisprudence citée).*

(...)

38 *Troisièmement, l'obligation de saisine instituée par l'article 234, troisième alinéa, CE s'inscrit dans le cadre de la coopération instituée en vue d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres, entre les juridictions nationales, en leur qualité de juges chargés de l'application du droit communautaire, et la Cour (voir, notamment, arrêts Cilfit e.a., précité, point 7; du 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, Rec. p. I-6013, point 25, et Gomes Valente, précité, point 17). Ainsi qu'il a été rappelé au point 29 du présent arrêt, elle a notamment pour but de prévenir que s'établisse, dans un État membre quelconque, une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire.*

(...)

(CJUE, 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV, C-495/03)

L'objectif d'assurer une **interprétation uniforme** du droit de l'Union dans l'ensemble des Etats membres est, ici, primordial.

Or, une certaine **disparité** entoure la transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008.

On sait, à cet égard, que la **Slovaquie** – qui avait reconnu le **Génocide Arménien** en **2004** - a, dans le cadre de la transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, adopté, en **2011**, une loi pénalisant la négation des génocides, **dont le Génocide Arménien**, tandis que d'autres, comme le **Royaume-Uni**, estiment que leur législation est suffisante (Public Order Act de 1986).

La **Grèce**, comme susdit, a, en **2015**, voté une **loi de transposition** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 réprimant pénalement la négation notamment du **Génocide Arménien** et des crimes commis contre les **Grecs Pontiques**.

La **sécurité juridique** qui doit présider à la transposition de la décision-cadre nécessite, dès lors, que la **Cour de justice de l'Union européenne** exerce sa mission d'**uniformisation** de l'interprétation à donner du droit de l'Union.

Il échet de préciser que s'agissant d'une **décision-cadre**, qui doit être appréciée comme faisant appel à des **notions-cadres**, il est logique que le **Conseil de l'Union européenne** ait volontairement procédé à une définition en **compréhension (connotation)** - et non pas en **extension (dénotation)** - des « *crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre* » dont « *l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques* » doivent être rendues punissables par chacun des vingt-sept – vingt-huit, depuis l'adhésion de la **Croatie**, le 1er Juillet 2013 – Etats membres de l'Union.

Il est rappelé, à cet égard, que l'on entend classiquement par **notion-cadre** une « **Notion juridique englobante et directive** virtuellement applicable à une série indéfinie de cas, et dont l'application, en raison de son **indétermination intentionnelle**, passe nécessairement par **l'appréciation d'un juge (ou d'un interprète)** qui **l'actualise *in casu***, si, précisément, il estime que **le cas particulier entre dans le cadre de la notion** ; critère vague mais chargé d'évocation dont il appartient au juge, sur la **force de l'idée directrice** qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps. Ex. intérêt de l'enfant, exigence d'une bonne justice, délai raisonnable, iniquité manifeste, ordre public, bonnes mœurs, circonstances exceptionnelles, bonnes pratiques, etc. » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 9^e édition Août 2011, v^o **NOTION-CADRE**, p. 687).

Ce concept est à rattacher à ceux de :

- « **STANDARD** », utilisé « Pour désigner une **norme souple** fondée sur un **critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif)** qu'il appartient au juge, en vertu du **renvoi implicite de la loi**, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant. Ex. référence à la bonne foi, à la conciliation des intérêts en présence (intérêt de la famille, intérêt de l'enfant) à des circonstances exceptionnelles. » (*ibid.*, v^o **STANDARD**, p. 978) ;

- « **LACUNE INTRA LEGEM** », qui désigne une « **Lacune volontaire (de la part du législateur)** qui se traduit dans la loi par l'utilisation de **notions intentionnellement vagues (intérêt de la famille)** ou par un renvoi exprès à la coutume, aux usages, à la pratique : *ex. capacité d'usage du mineur (C. civ., a. 389-3)*. » (*ibid.* v^o **LACUNE**, p. 594).

Ainsi, eu égard au **refus manifestement illicite** du Premier ministre français de procéder à la transposition imposée tant par la **Constitution** que par le **droit de l'Union**, il appartient au juge, spécialement la **Cour de justice de l'Union européenne**, de déterminer les « *crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre* » dont « *l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques* » doivent être rendues punissables par l'ensemble des Etats membre de l'Union et que la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 (art. **1er, § 1, sous c**) se contente de définir par renvoi « *aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale* ».

Il n'en demeure pas moins que la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 est une véritable **norme contraignante** pour les Etats membres, dont la **France**, qui a contracté l'obligation de la transposer au plus tard le 28 Novembre 2010, aussi bien vertu du **droit de l'Union**, que de la **Constitution** (art. **88-1**), délai qu'elle n'a pas respecté.

Il est nécessaire, partant, comme susdit, dans la perspective du renvoi pour **jugement au fond** à une **juridiction judiciaire** et/ou **administrative**, en tout état de cause, à la **juridiction compétente** aux fins de **contrôler la légalité** du refus de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008, tel qu'il est opposé de façon persistante par le Premier ministre, de déterminer le **champ d'application** de cette norme de l'Union européenne.

Il est, dès lors, impérieux de recourir au **dialogue des juges** aux fins d'**éviter une contrariété de décisions** entre les deux cours européennes toutes deux saisies de la même problématique du **Génocide Arménien**.

Précisément, il doit être rappelé, en ce qui concerne les relations entre les normes de l'Union et les autres instruments de protection des droits de l'homme – spécialement la **liberté d'expression**, garantie par l'article 10 de la **Convention européenne des droits de l'homme** et mentionnée à l'article 7 de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, la jurisprudence pertinente de la **Cour de Luxembourg** :

« (...)

Sur l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme

41 S'agissant de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme, mentionné aux neuvième et dixième questions, il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que selon une jurisprudence constante les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré (voir, notamment, arrêt du 14 mai 1974, Nold, point 13, 4/73, Rec. p. 491). La convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière (voir, notamment, arrêt du 15 mai 1986, Johnston, point 18, 222/84, Rec. p. 1651). Il en découle que, comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt du 13 juillet 1989, Wachauf, point 19 (5/88, Rec. p. 2609), ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus et garantis.

42 Selon sa jurisprudence (voir les arrêts du 11 juillet 1985, Cinéthèque, point 26, 60/84 et 61/84, Rec. p. 2605, et du 30 septembre 1987, Demirel, point 28, 12/86, rec. p. 3719), la Cour ne peut apprécier, au regard de la convention européenne des droits de l'homme, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire. En revanche, dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la convention européenne des droits de l'homme.

(...) »

(CJUE, 18 Juin 1991, ERT AE, C-260/89, points 41 et 42).

On déduit de cette jurisprudence, dont l'autorité s'impose à toutes les juridictions des Etats membres, qu'il appartient à la **seule Cour de justice de l'Union européenne** d'apprécier la compatibilité avec l'article 10 de la **Convention européenne des droits de l'homme** garantissant la **liberté d'expression**, d'une législation nationale transposant la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008.

Deux questions préjudicielles complémentaires de fond doivent, partant, être tranchées préalablement à la transposition de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, à laquelle tend la procédure en marge de laquelle les requérants saisissent présentement le Conseil constitutionnel :

1°) l'**étendue spatio-temporelle** de la décision-cadre ;

2°) la **compatibilité** de la **pénalisation du négationnisme** avec la **liberté d'expression**, spécialement en ce qui concerne le **Génocide Arménien**.

*

La **demande de décision préjudicielle** relative au champ d'application de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 pourrait, dès lors, être formulée de la façon suivante :

« **I.- Le Génocide Arménien, crime contre l'humanité notoire** commis par l'**Empire ottoman** pendant la première guerre mondiale, au préjudice des **populations civiles arméniennes**, constituant la **Nation arménienne**, reconnu par de nombreux instruments nationaux et internationaux, notamment la **résolution du Parlement européen** du 18 Juin 1987 « *sur une solution politique de la question arménienne* » (n°C 190/119) et la **loi française** n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915* » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), peut-il être exclu de l'incrimination du négationnisme ou, à l'inverse, doit-il être **implicitement**, mais **nécessairement** considéré comme **compris** dans le **champ d'application** de la **DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL** du **28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal** dont l'article 1er, § 1, sous c) procède par **compréhension (connotation)** et renvoie, pour la **définition des crimes de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre** dont l'**apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques**, dès lors qu'elles s'accompagnent d'un **risque d'incitation à la violence ou à la haine**, doivent être rendues punissables par chacun des Etats membres de l'Union européenne, au plus tard le 28 Novembre 2010, '**aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale**', **convention qui oblige la Suisse (signature du 18 Juillet 1998 et ratification du 12 Octobre 2001 avec déclaration** au titre de l'article **103 § 1** du Statut) et dont l'article **69 § 6** rappelle que '*La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire*' ?

II.- L'article **10** de la **Convention européenne des droits de l'homme** garantissant la **liberté d'expression** doit-il, au regard de l'objectif de la **DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL** du **28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (rapprochement des législations pénales européennes pour lutter plus efficacement contre le racisme et la xénophobie)**, être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une **législation**, telle celle que la France doit adopter, aux fins de respecter son obligation de transposer ladite **décision-cadre**, en tant que celle-ci aurait pour objet de rendre punissables l'**apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques** notamment du **Génocide Arménien**, reconnu, en particulier par la **résolution du Parlement européen** du 18 Juin 1987 « *sur une solution politique de la question arménienne* » (n°C 190/119) et la **loi française** n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915* » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), dès lors que le comportement est exercé d'une manière qui risque d'**inciter à la violence ou à la haine** à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ? »

*

.../...

676. Comme susdit (point 634), il y aura lieu, pour le **Conseil constitutionnel**, d'adresser à la **Cour de justice de l'Union européenne** les **demandes de décisions préjudicielles** suivantes portant sur la validité de l'article **1er paragraphe 4** de la **décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil** du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et sur l'interprétation du droit de l'Union :

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

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

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

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

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

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

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

1-d°) « Les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une pratique jurisprudentielle propre au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits français, telle que la théorie des actes de gouvernement, aujourd'hui cristallisée par l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, sur le fondement de laquelle certains actes de l'exécutif national sont exclus du contrôle juridictionnel, au motif qu'ils touchent aux relations avec le Parlement ou à la conduite des relations diplomatiques de l'Etat, alors même que de tels actes sont susceptibles de violer les droits fondamentaux, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective, en empêchant que soit désignée la juridiction nationale compétente pour contrôler la légalité du refus de transposer en droit interne un acte de droit dérivé, telle la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ? » ;

1-e°) « **Le Génocide Arménien, crime contre l'humanité notoire commis par l'Empire ottoman pendant la première guerre mondiale, au préjudice des populations civiles arméniennes, constituant la Nation arménienne, reconnu par de nombreux instruments nationaux et internationaux, notamment la résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne » (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), peut-il être exclu de l'incrimination du négationnisme ou, à l'inverse, doit-il être implicitement, mais nécessairement considéré comme compris dans le champ d'application de la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal dont l'article 1er, § 1, sous c) procède par compréhension (connotation) et renvoie, pour la définition des crimes de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre dont l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques, dès lors qu'elles s'accompagnent d'un risque d'incitation à la violence ou à la haine, doivent être rendues punissables par chacun des Etats membres de l'Union européenne, au plus tard le 28 Novembre 2010, 'aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale', convention qui oblige la Suisse (signature du 18 Juillet 1998 et ratification du 12 Octobre 2001 avec déclaration au titre de l'article 103 § 1 du Statut) et dont l'article 69 § 6 rappelle que 'La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire' ? » ;**

1-f°) « **L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant la liberté d'expression doit-il, au regard de l'objectif de la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (rapprochement des législations pénales européennes pour lutter plus efficacement contre le racisme et la xénophobie), être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation, telle celle que la France doit adopter, aux fins de respecter son obligation de transposer ladite décision-cadre, en tant que celle-ci aurait pour objet de rendre punissables l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques notamment du Génocide Arménien, reconnu, en particulier par la résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne » (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), dès lors que le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ? »**

II-C-2-b-ii/ LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE CONSEIL D'ETAT NE SAURAIENT S'AFFRANCHIR DE L'OBLIGATION DE RENVOI PREJUDICIEL QUE LEUR IMPOSE L'ARTICLE 267 § 3 TFUE, EN SE DECLARANT CHACUN INCOMPETENT

677. La **protection juridictionnelle effective** que l'Etat doit procurer aux justiciables s'oppose à ce qu'un moyen tendant à une déclaration d'irrecevabilité ou d'incompétence puisse faire obstacle à ce que soit **dûment examinée** la demande de décision préjudicielle (**1**).

678. En outre, le même principe doit a fortiori recevoir application lorsque la demande de décision préjudicielle porte, précisément, sur la compétence de la juridiction suprême qui en est saisie (**2**).

679. Sont, ainsi, toutes réunies les conditions de la **responsabilité de l'Etat** en raison de la violation par le Conseil d'Etat de son obligation de renvoi préjudiciel (**3**).

1.-/ SEULE LA MOTIVATION DE SON REFUS PERMET A LA JURIDICTION NATIONALE SUPREME DE NE PAS PROCEDER AU RENVOI PREJUDICIEL, SOUS RESERVE DE LA RESPONSABILITE DE L'ETAT

680. Comme susdit, la demande de décision préjudicielle portée devant une juridiction nationale « *dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » est **présumée soulevée**, au sens de l'article **267 § 3 TFUE** et **doit**, à ce titre, être renvoyée à la Cour de justice de l'Union européenne, ce sous **condition résolutoire** de ce que la question ne peut être considérée comme « *soulevée* » au sens de l'article **267 § 3 TFUE**, dans l'interprétation que lui donne la CJUE c'est dire, sauf si la juridiction nationale **constate** :

1°) que **la question n'est pas pertinente**, en ce qu'elle n'entretient aucun rapport de droit avec le fond du litige principal,

ou

2°) qu'elle a déjà fait l'objet d'une **réponse** par arrêt préjudiciel de la Cour de justice,

ou

3°) qu'elle **n'est pas indispensable** à la correcte application du droit de l'Union par la juridiction nationale qui *s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable* – , c'est dire peut être mise en œuvre par la juridiction nationale saisie de la question comme elle le serait par la CJUE et les juridictions des autres Etats membres, sans créer de risque de divergence de jurisprudence au sein de l'Union – ou, en d'autres termes, s'impose erga omnes et par elle-même sans besoin d'interprétation.

Aucune exception n'est prévue, à cet égard, par les traités, savoir les articles **19** du **Traité sur l'Union européenne** (**TUE**) et **267** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (**TFUE**), dans leur rédaction issue du **Traité de Lisbonne** du 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009, lesquels disposent respectivement :

.../...

Article 19 TUE :

« 1. **La Cour de justice de l'Union européenne** comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le **respect du droit** dans l'**interprétation** et l'**application** des traités.

Les Etats membres établissent les **voies de recours nécessaires** pour assurer une **protection juridictionnelle effective** dans les **domaines couverts par le droit de l'Union**.

(...)

3. **La Cour de justice de l'Union européenne statue** conformément aux traités :

a) sur les **recours formés** par un Etat membre, une institution ou des **personnes physiques** ou morales ;

b) **à titre préjudiciel**, à la **demande des juridictions nationales**, sur l'**interprétation** du droit de l'Union ou sur la **validité** d'actes adoptés par les institutions ;

c) **dans les autres cas prévus par les traités.** »

Article 267 TFUE :

« La Cour de justice de l'Union européenne est **compétente pour statuer**, à titre **préjudiciel** :

a) sur l'**interprétation des traités**,

b) sur la **validité** et l'**interprétation** des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ;

Lorsqu'une telle question est soulevée devant **une juridiction d'un des Etats membres**, cette juridiction **peut**, si elle estime qu'une décision sur ce point est **nécessaire** pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'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.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

La **déclaration d'incompétence** ou d'**irrecevabilité** ne saurait valoir **motivation** du refus de renvoi à la Cour de justice.

Cette solution s'impose d'autant plus lorsque la **question de la compétence** (exception de procédure) ou de la **recevabilité** (fin de non-recevoir) fait l'**objet de la demande de décision préjudicielle**.

2.-/ LA THEORIE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT, OBJET DE LA DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE, NE PEUT PAS FAIRE OBSTACLE A SON RENVOI A LA COUR DE JUSTICE, EN APPLICATION DE L'ARTICLE 267 § 3 TFUE

681. Le raisonnement suivi pour les **questions prioritaires de constitutionnalité (QPC)** est parfaitement transposable aux **demandes de décisions préjudicielles** portées devant la CJUE, la QPC étant un **cas particulier de question préjudicielle**, celle-ci étant définie comme « *Point litigieux dont la solution doit précéder celle de la question principale qu'elle commande (comme pour la question préalable) mais qui (à la différence de celle-ci) ne peut être tranché par la juridiction saisie, de telle sorte que celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle ait été résolue par la juridiction seule compétente pour en connaître.*

(...)

Question préjudicielle (au sens ci-dessus défini) portant sur l'interprétation d'une règle communautaire ou la validité des actes des institutions communautaires qui doit être renvoyée à la Cour de justice lorsqu'elle se pose devant une juridiction statuant en dernier ressort (anc. Traité CEE, a. 177, al. 3, TFUE, a. 267, al. 3).

(...)

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige, 9^o édition Août 2011, v^o Question, pp. 831-832).

A cet égard, on ne voit pas le **lien logique** qui conduirait nécessairement le juge à déduire **a priori** de son **incompétence prétendue** pour connaître d'un **acte dit de gouvernement** que les dispositions législatives attaquées par la QPC ne seraient pas applicables au litige.

A l'inverse, la **Chancellerie** a fait connaître aux juridictions, peu de temps avant l'entrée en vigueur de la réforme (1er Mars 2010), l'interprétation qu'il convenait de donner aux textes relatifs à la QPC, selon laquelle « *Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité se rapporte à un incident d'instance, une exception de procédure ou une fin de non-recevoir, elle devra très logiquement être examinée avant le fond de l'affaire.* » (circulaire CIV/04/10 du 24 Février 2010, relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité (BOMJL n°2010-2 du 30 Avril 2010), § **2.2.2.2.**), à peine d'entacher la décision juridictionnelle de **diallèle (pétition de principe indirecte, cercle vicieux)**.

La référence à la **logique (la QPC « devra très logiquement être examinée avant le fond de l'affaire. »**) a le grand mérite de rappeler la **force juridique – et non pas seulement intellectuelle - du principe de cohérence** selon lequel **nul n'est recevable à se contredire au détriment d'autrui**, comme le juge, désormais, la **Cour de cassation (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 – principe de l'estoppel)** et qui est l'une des conséquences de la **garantie des droits (art. 16 DDH)**.

Ceci confirme, qu'à l'évidence, le **refus de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel** au motif que la disposition législative qu'elle critique ne serait pas applicable au litige ou à la procédure (l'une des trois conditions posées par l'article **23-2** de la LOCC) ne peut, en tout état de cause, résulter que d'un **examen au fond** de ladite QPC. Le **Conseil d'Etat doit, donc, être réputé compétent**, pour les besoins de la procédure, aux fins que soit tranchée, **préalablement et selon les règles de droit en vigueur**, la **question de sa compétence** qui doit être confiée à une **autre juridiction** (le **Tribunal des conflits**) dès lors que **cette question excède son propre champ de compétence**. L'incompétence qui s'attache à la qualification d'**acte de gouvernement**, qui sous-tend le déclinatoire du Ministre de la justice, ne concerne pas uniquement la **juridiction administrative**, mais peut, également, être soulevée par le Gouvernement devant la **juridiction judiciaire**.

Cette problématique de la **cohérence du système juridique** rejoint celle du **métalanguage** auquel il est nécessaire de recourir, sous l'angle des **modalités aléthiques** et qui est défini, en logique, comme « *Langage supérieur, dit secondaire, qui permet de décrire intégralement un langage-objet dit primaire (formalisé ou naturel) et qui sert à établir la vérité ou la fausseté des propositions de ce langage primaire et la non-contradiction du système qu'elles forment (consistance)* » (**Dictionnaire culturel en langue française Le Robert 2005, Tome III, v° Métalanguage**, p. 574).

Dans cet ordre d'idées, le moyen soutenu par le Garde des sceaux tendant à empêcher le **Conseil d'Etat** de statuer sur le renvoi de la **QPC au Conseil constitutionnel** est **irrecevable** en tant qu'il est **incompatible** avec l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) consacrant la **garantie des droits**.

En effet, de ce texte fondamental (« *Le droit des droits* »), expression, au plus haut niveau de la hiérarchie des normes juridiques, du **concept d'a priori** (« *logiquement antérieur à l'expérience; indépendant de l'expérience.* ») (**Louis-Marie MORFAUX, Jean LEFRANC**, Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines, Ed. Armand Colin, 2010, v° **A priori**, p. 38) dont, avec **Emmanuel KANT**, on tire le **nécessaire** et l'**universel**, il résulte :

1°) que la **garantie des droits préexiste - logiquement et chronologiquement - à l'institution administrative ou juridictionnelle** qui doit la respecter, **ainsi qu'à toute expérience juridictionnelle**;

2°) qu'une juridiction est **présupposée compétente** pour connaître d'une affaire dont elle est saisie (« *Les passions présupposent une âme capable de les ressentir* » disait **PASCAL**) tant qu'elle ne s'est pas déclarée incompétente, selon les règles de droit en vigueur;

3°) qu'une **norme juridique** (article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** sur l'organisation du Conseil d'Etat) ou une **pratique jurisprudentielle** (**théorie des actes de gouvernement**), objet d'un **moyen de droit** (**QPC; demande de décision préjudicielle à la CJUE**) qui en critique la conformité au Droit, ne peut être légalement opposée pour prétendre faire échec au jugement de cette exception.

C'est, de la sorte, mobiliser le concept d'**opposabilité / inopposabilité**.

On rappelle volontiers, ici, que **l'acte inopposable** se dit classiquement « *d'un acte en lui-même maintenu mais dont les effets sont neutralisés à l'égard d'une personne qui est en droit de ne pas en souffrir, à charge de faire déclarer en justice la circonstance (fraude, simulation) qui justifie cette neutralisation. (...)* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige 9^e édition Août 2011, v^o **Inopposable**, p. 548).

S'agissant d'un **droit constitutionnel** qui procède de la **garantie des droits** (art. 16 **DDH**) et dont la **mise en œuvre est directe** – **aucune autorisation** n'est, en effet, requise pour déposer le mémoire contestant la constitutionnalité de la loi critiquée – la QPC **neutralise**, dès sa présentation, la disposition législative qui en fait l'objet. Celle-ci, en conséquence, **cesse d'être opposable** aux parties **dans le cadre et pendant toute la durée du procès constitutionnel** et ne peut plus être invoquée par quiconque – juge ou partie adverse - pour prétendre faire échec à l'examen de la QPC.

Suivre un raisonnement opposé et dénier à la QPC **l'effet d'inopposabilité** qu'elle sort nécessairement à l'égard de la ou des dispositions législatives qu'elle vise, conduit au **diallèle** dans lequel, précisément, est tombé le **Conseil d'Etat** lors du prononcé de l'arrêt du 26 Novembre 2012 (v. aussi l'arrêt d'incompétence du **Conseil d'Etat** du 20 Janvier 2014 sur la demande de **Maitre Philippe KRIKORIAN** tendant à la consécration du statut constitutionnel de l'Avocat défenseur et à l'instauration d'une effective garantie des droits).

De même, la **demande de décision préjudicielle** formée en vertu de l'article **267 § 3 TFUE neutralise la charge normative** dont le Conseil d'Etat investit la **théorie de l'acte de gouvernement** pour se déclarer incompétent.

Pour motiver son refus de renvoi préjudiciel à la Cour de justice, le Conseil d'Etat ne pourrait pas exciper de l'absence de pertinence de la demande de décision préjudicielle, dès lors que celle-ci entretient un **rapport de droit étroit** avec la question de sa propre compétence.

En effet, de deux choses l'une :

- ou bien la théorie de l'acte de gouvernement est le fondement – au moins implicite – de l'éventuelle déclaration d'incompétence du Conseil d'Etat et il est nécessaire, au préalable, que la question de la conformité de cette théorie jurisprudentielle soit tranchée par la Cour de justice, en ce qu'elle conditionne l'effectivité de la protection juridictionnelle que l'article **19 TUE** impose aux Etats membres de procurer aux justiciables ;

- ou bien, cette théorie n'exerce aucune influence sur les décisions du Conseil d'Etat et celui-ci n'a pas de raison objective de se déclarer incompétent, sauf à désigner l'ordre de juridiction qui, selon lui, serait compétent pour appliquer le droit de l'Union.

On en déduit logiquement, dans toutes les hypothèses, que le Conseil d'Etat ne pourrait pas prétendre dûment motiver son refus de saisine de la CJUE d'une demande de décision préjudicielle portant sur la **théorie de l'acte de gouvernement** en faisant application de ladite théorie le conduisant à se déclarer incompétent.

Au demeurant, l'arrêt du 26 Novembre 2012 est **exempt de toute motivation** quant au refus de renvoi préjudiciel.

.../...

3.-/ LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE DE L'ETAT DU FAIT DE LA VIOLATION PAR LE CONSEIL D'ETAT DE SON OBLIGATION DE RENVOI PREJUDICIEL SONT TOUTES REUNIES

682. Il ressort de ce qui précède qu'en **négligeant de motiver son refus** de renvoyer à la Cour de justice les demandes de décisions préjudicielles portant tant sur la validité de l'article **1er § 4** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008, que sur l'interprétation du droit de l'Union, le Conseil d'Etat a **violé de façon suffisamment caractérisée** le droit de l'Union, spécialement l'article **267 § 3 TFUE**.

En effet, comme il vient d'être établi, cette violation présente un **caractère manifeste**, dès lors que le Conseil d'Etat ne jouissait **d'aucune marge d'appréciation** pour s'abstenir de motiver son refus de saisir la Cour de justice sur le fondement de l'article **267 § 3 TFUE**.

La **théorie de l'acte de gouvernement**, à l'origine de la déclaration d'incompétence du Conseil d'Etat (26 Novembre 2012) est propre à la jurisprudence du **Conseil d'Etat** et du **Tribunal des conflits français**. Cette théorie ne trouve, cependant, **aucune justification** dans les **traditions constitutionnelles communes aux Etats membres**, étant rappelé qu'en votant la loi sur la juridiction administrative du 13 Juillet 1998, **l'Espagne a définitivement abandonné la théorie des actes de gouvernement** et résolument opté pour un **contrôle juridictionnel des actes dits politiques**.

De fait, contrairement à ce que la Cour de justice a pu juger dans l'affaire **KÖBLER** (**CJUE, 30 Septembre 2003**, C-224/01), rien, en l'espèce, ne peut justifier le refus de renvoi préjudiciel opposé par le Conseil d'Etat le 26 Novembre 2012.

Les conclusions de **Monsieur Philippe LEGER**, Avocat général, sont particulièrement éclairantes, à ce sujet :

« (...)

74. En outre, il importe de rappeler que les auteurs du traité ont investi les **juridictions suprêmes** d'un rôle déterminant dans la mise en œuvre du mécanisme de coopération juridictionnelle que constitue la procédure préjudicielle. En effet, l'article 234 CE prévoit que, contrairement aux autres juridictions nationales qui disposent d'une simple faculté de saisir la Cour d'une question préjudicielle, les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours sont tenues de le faire.

75. L'importance de l'obligation de renvoi, posée par l'article 234 CE, a été soulignée avec force par la Cour dans l'arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit e.a. . L'institution d'une telle obligation vise à éviter que s'établissent des divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté sur des questions de droit communautaire. C'est aux juridictions suprêmes que revient la charge de poser des questions préjudicielles, afin d'éviter que perdurent ou apparaissent des divergences de jurisprudence entre les États membres et, en particulier, entre les juridictions ordinaires de l'État dans lequel elles exercent leurs fonctions.

76 L'ensemble de ces développements démontre combien le rôle des juridictions nationales — et, au premier chef, celui des juridictions suprêmes — est déterminant dans la mise en oeuvre du droit communautaire et dans la protection des droits qui en découlent pour les particuliers. Ce **rôle déterminant** implique nécessairement, en contrepartie, **l'admission d'un principe de la responsabilité de l'État du fait des juridictions suprêmes**. Afin de s'en convaincre encore davantage — si besoin il y a — il suffit de prendre connaissance de l'état du droit interne des États membres à cet égard.

(...)

144. Enfin, selon nous, on ne peut a priori exclure l'engagement de la **responsabilité de l'État** du fait de la **méconnaissance manifeste par une juridiction suprême de l'obligation de renvoi préjudiciel** qui pèse sur elle, par exemple, dans le cas où **il n'existe pas de jurisprudence de la Cour** sur le point de droit en cause à la date du prononcé de sa décision.

145. À ce jour, la Cour ne s'est jamais précisément prononcée à ce sujet (126 - En 1975, dans ses suggestions sur l'Union européenne, la Cour a estimé qu'il serait opportun de prévoir — dans le traité — une garantie appropriée pour la sauvegarde des droits des particuliers en cas de violation de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE). Toutefois, elle a laissé ouverte la question de savoir si cette garantie devrait consister en un recours devant la Cour par les parties au principal, en une procédure obligatoire de manquement ou en une action en réparation contre l'État concerné à la requête de la partie lésée (Bull. CE, suppl. 9/75, p. 18)).

146. Comme on le sait, **l'obligation de renvoi préjudiciel est fondamentale**. Elle participe largement à la garantie de **l'application uniforme du droit communautaire** ainsi qu'à celle de la **protection effective des droits** que les particuliers tirent de l'ordre juridique communautaire. Ces considérations étaient bien présentes à l'esprit de la Cour lorsqu'elle a déterminé, dans l'arrêt Cilfit e.a., précité (127 - Points 13 à 17), la portée de l'obligation de renvoi posée par le traité.

147. En outre, **l'obligation de renvoi préjudiciel** tend à s'inscrire dans la logique du «**droit au juge**». En effet, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, «si le droit de saisir la Cour par voie de question préjudicielle n'est pas absolu [...], il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale, appelée à se prononcer en dernière instance, puisse porter **atteinte au principe d'équité de la procédure**, tel qu'énoncé à l'article 6, paragraphe [1], de la convention, en particulier lorsqu'un **tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire**» (128 - Voir, notamment, décisions du 23 mars 1999 sur la recevabilité de la requête de André Desmots contre France (n° 41358/98, point 2); du 25 janvier 2000, Peter Moosbrugger contre Autriche (n° 44861/98, point 2), et arrêt sur le fond Coëme et autres contre Belgique du 22 juin 2000 (n° 32492/96, 32547/96, 33209/96 et 33210/96, § 114), ainsi que décisions du 4 octobre 2001 sur la recevabilité de Nicolas Caiena Santiago contre Espagne (n° 60350/00), et du 13 juin 2002 sur la recevabilité de la requête de Lambert Bakker contre" Autriche (n° 43454/98, point 2). Dans toutes ces affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'absence de renvoi préjudiciel n'était pas entachée d'arbitraire.)

D'ailleurs, comme cela a été indiqué à l'audience, ce corollaire du «**droit au juge**» trouve une expression particulière en Allemagne (129 - La Cour constitutionnelle allemande considère que la Cour de justice est un «**juge légal**» des parties au sens de l'article 101 de la Constitution allemande. Il en résulte que, lorsqu'une juridiction suprême ne pose pas de **question préjudicielle**, en violation de l'article 234, paragraphe 3, CE, la Cour constitutionnelle a **compétence pour casser un tel arrêt pour violation de la Constitution**. Voir, par exemple, ordonnance du 9 janvier 2001 du Bundesverfassungsgericht concernant une décision du Bunderverwaltungsgericht à propos de l'égalité entre hommes et femmes dans le cadre de la profession médicale (BvR 1036/99)).

.../...

148. Dans ces conditions, il est logique et raisonnable de considérer que le **manquement manifeste à une obligation de renvoi** de la part d'une juridiction suprême est, en soi, **susceptible d'engager la responsabilité de l'État**.

149. Toutefois, dans de telles circonstances, la mise en cause de la responsabilité de l'État risque de se heurter à certaines difficultés pour rapporter la preuve d'un **lien de causalité direct** entre le manquement à l'obligation de renvoi et le préjudice allégué. En effet, cette preuve du lien de causalité suppose que le particulier soit en mesure d'établir que **l'absence de renvoi lui a nécessairement causé un préjudice, réel et certain**, et non hypothétique, qui ne serait pas survenu si la juridiction suprême avait décidé de poser une question préjudicielle.

150. Cette preuve sera sans doute relativement facile à établir s'agissant d'un **préjudice purement moral**, qui tiendrait par exemple à la **perte d'une chance de voir ses prétentions aboutir** (130 - Voir, à ce propos, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'examen de requêtes individuelles fondées sur la violation de l'article 6 de la CEDH (notamment arrêt Coëme et autres contre Belgique, précité, § 155 à 158). Selon la Cour européenne des droits de l'homme, on ne peut spéculer sur ce qu'aurait été l'issue d'une procédure conforme à l'article 6 de ladite convention, et donc faire droit à une demande en réparation de dommage matériel. En revanche, elle admet, compte tenu de l'ampleur du **dommage moral** subi, que le simple constat de la violation des dispositions précitées est insuffisant et justifie l'allocation d'une certaine somme à titre de réparation.)

(...)

(**CJUE, 30 Septembre 2003, KÖBLER**, C-224/01, conclusions de l'Avocat général **Philippe LEGER**, points 74 à 76)

Dans cet arrêt majeur, la Cour de justice a jugé qu'en retirant sa demande de décision préjudicielle, la Cour suprême administrative de la République d'Autriche, avait **violé le droit communautaire** (de l'Union européenne) :

« (...)

114 Il découle de ce qui précède que, après que le greffier de la Cour a demandé au Verwaltungsgerichtshof s'il maintenait sa demande préjudicielle, ce dernier a revu la qualification, en droit national, de l'indemnité spéciale d'ancienneté.

115 A la suite de cette requalification de l'indemnité spéciale d'ancienneté prévue à l'article 50 bis du GG, le Verwaltungsgerichtshof a rejeté le recours de M. Köbler. En effet, dans son arrêt du 24 juin 1998, il a déduit de l'arrêt Schöning-Kougebetopoulou, précité, que, cette indemnité devant être qualifiée de prime de fidélité, elle pouvait être justifiée même si elle était en soi contraire au principe de non-discrimination inscrit à l'article 48 du traité.

116 Or, ainsi qu'il ressort des points 80 et 81 du présent arrêt, la Cour ne s'est pas exprimée dans l'arrêt Schöning-Kougebetopoulou, précité, sur la question de savoir si et sous quelles conditions l'entrave à la libre circulation des travailleurs que comporte une prime de fidélité pouvait être justifiée. Les considérations que le Verwaltungsgerichtshof a déduites dudit arrêt reposent donc sur une **lecture erronée** de celui-ci.

117 Dès lors, vu que, d'une part, le Verwaltungsgerichtshof a modifié son interprétation du droit national en qualifiant la mesure prévue à l'article 50 bis du GG de prime de fidélité, après que l'arrêt Schöning-Kougebetopoulou, précité, lui a été envoyé, et que, d'autre part, la Cour n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer quant au point de savoir si l'entrave à la libre circulation des travailleurs que comporte une prime de fidélité pouvait être justifiée, **le Verwaltungsgerichtshof aurait dû maintenir sa demande préjudicielle.**

118 En effet, cette juridiction ne pouvait considérer que la solution du point de droit en cause résultait d'une jurisprudence établie de la Cour ou ne laissait place à aucun doute raisonnable (voir arrêt du 6 octobre 1982, CILFIT e.a., 283/81, Rec. p. 3415, points 14 et 16). Partant, **elle était dans l'obligation, en vertu de l'article 177, troisième alinéa, du traité, de maintenir sa demande préjudicielle.**

119 En outre, ainsi qu'il ressort de la réponse à la troisième question, une mesure telle que l'indemnité spéciale d'ancienneté prévue à l'article 50 bis du GG, même si elle peut être qualifiée de prime de fidélité, comporte une entrave à la libre circulation des travailleurs contraire au droit communautaire. Dès lors, **le Verwaltungsgerichtshof a violé le droit communautaire par son arrêt du 24 juin 1998.**

(...)

De plus, la conclusion de la Cour, selon laquelle les conditions de la responsabilité de l'Etat autrichien n'étaient pas réunies, au vu des « *circonstances de l'espèce au principal* », compte tenu de « la spécificité de la fonction juridictionnelle », **n'altère en rien la force du principe « selon lequel les États 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. »**

En effet, si, en l'espèce la CJUE a écarté la responsabilité de l'Autriche du fait de son organe juridictionnel suprême, relevant que « *Dans ces conditions, et eu égard aux circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de considérer la violation constatée au point 119 du présent arrêt comme étant revêtue d'un caractère manifeste et donc comme suffisamment caractérisée.* » (*ibid.* point 124), c'est en application des **critères** qu'elle a dégagés, en la matière (même arrêt, points 55 et 56) :

« (...)

55 Parmi ces éléments figurent notamment le **degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE.**

56 En tout état de cause, une violation du droit communautaire est **suffisamment caractérisée** lorsque la décision concernée est intervenue en **méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour en la matière** (voir, en ce sens, arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 57).

(...) »

La Cour de Luxembourg a, ainsi, au vu de ses propres critères, pu estimer que la juridiction administrative suprême autrichienne n'avait pas, en retirant sa demande de décision préjudicielle, **manifestement** violé le droit communautaire, en raison :

- d'une part, de l'**imprécision de la règle de droit communautaire violée** (la question de la conformité au droit communautaire d'une prime de fidélité comportant une entrave à la libre circulation des travailleurs **n'était ni réglée explicitement par les textes ni évidente et ne trouvait pas de réponse** dans la jurisprudence de la Cour) :

- d'autre part, de l'**erreur d'interprétation excusable** de la jurisprudence de la Cour (arrêt **Schöning-Kougebetopoulou** du 15 Janvier 1998, C-15/96, Rec. p. I-47) par la juridiction suprême autrichienne :

« (...) 122 *En effet, le droit communautaire ne règle pas explicitement le point de savoir si une mesure de fidélisation d'un travailleur envers son employeur, telle qu'une prime de fidélité, qui comporte une entrave à la libre circulation des travailleurs est susceptible d'être justifiée et donc d'être conforme au droit communautaire. Ladite question ne trouvait pas non plus de réponse dans la jurisprudence de la Cour. En outre, cette réponse n'était pas évidente.*

123 *En second lieu, la circonstance que la juridiction nationale en cause aurait dû, ainsi qu'il a été constaté au point 118 du présent arrêt, maintenir sa demande préjudicielle n'est pas de nature à infirmer cette conclusion. En effet, en l'occurrence, le Verwaltungsgerichtshof avait décidé de retirer la demande préjudicielle en estimant que la réponse à la question de droit communautaire à résoudre était déjà donnée par l'arrêt Schöning-Kougebetopoulou, précité. C'est donc à cause de sa lecture erronée de cet arrêt que le Verwaltungsgerichtshof n'a plus estimé nécessaire de soumettre cette question d'interprétation à la Cour.*

(...) »

Il y a lieu, cependant, de relever la **divergence d'appréciation**, à cet égard, entre la Cour et l'Avocat général **M. Philippe LEGER**, lequel a estimé que l'**erreur de droit** commise par le *Verwaltungsgerichtshof* (juridiction administrative suprême) **n'était pas excusable** :

« (...)

170 Selon nous, il est **difficile d'admettre** que le Verwaltungsgerichtshof a commis une **erreur excusable** en jugeant que l'exigence d'une telle condition, indirectement discriminatoire, était raisonnablement justifiée par la volonté de récompenser la fidélité d'un employé à l'égard de son employeur.

171. En effet, à supposer que cette prétendue justification ait eu vocation à s'appliquer en l'espèce, au motif que les universités autrichiennes relèveraient d'un employeur unique, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Schöning-Kougebetopoulou, précitée, la juridiction suprême aurait dû vérifier si la condition d'ancienneté en cause était **proportionnée** à un tel objectif. Nous rappelons que la Cour a maintes fois souligné cette **exigence générale de proportionnalité** (141 - Voir, notamment, arrêts du 2 août 1993, Ailué e.a. (C-259/91, C-331/91 et C-332/91, Rec. p. I-4309, point 15); O'Flynn, précité (point 19), ainsi que arrêt du 12 mars 1998 — rendu quelques mois avant le prononcé de la décision du Verwaltungsgerichtshof — Commission/Grèce (C-187/96, Rec. p. I-1095, point 19).

Elle a également pris soin de la rappeler au point 21 de l'arrêt Schöning-Kougebetopoulou, précité, qu'elle a transmis à la juridiction suprême à la suite de son ordonnance de renvoi,

même si, dans cette affaire, la Cour a jugé que la prétendue justification tirée de la récompense de la fidélité entre un employé et un employeur déterminé était dénuée de pertinence. Dans cette affaire, il n'était donc pas nécessaire, pour résoudre le litige au principal, d'examiner le rapport de proportionnalité entre la condition d'ancienneté en cause et une telle justification (142 - Voir arrêt *Schöning-Kougebetopoulou*, précité (points 26 et 27).)

172. En l'espèce, on peut regretter que le *Verwaltungsgerichtshof* n'ait pas procédé à la vérification du respect du **principe de proportionnalité**. En effet, il est difficile de considérer que la condition d'ancienneté en cause soit proportionnée à une éventuelle justification de ce type. Elle va, sans aucun doute, au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif invoqué (143 — D'ailleurs, c'est ce que la Cour a jugé ultérieurement à propos d'une législation autrichienne moins restrictive au regard de la libre circulation des personnes. Selon cette législation, les périodes d'activités antérieures effectuées dans d'autres États membres sont prises en compte pour la détermination de la rémunération des enseignants, mais dans des conditions plus strictes que celles applicables aux périodes accomplies en Autriche. Après avoir écarté la prétendue justification tenant à la récompense de fidélité, compte tenu de la multiplicité d'employeurs, la Cour a pris soin d'indiquer que, en tout état de cause, la restriction discriminatoire litigieuse n'était pas proportionnelle à un tel objectif (voir arrêt du 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, Rec. p. I-10497, point 50).

173. En outre, cette juridiction suprême aurait dû maintenir sa question préjudicielle, quitte à la compléter afin d'obtenir certaines précisions sur la portée de l'arrêt *Schöning-Kougebetopoulou*, précité. En effet, si l'on s'en tient à la jurisprudence *Cilfit e.a.*, précitée, il est difficile de considérer que cette dernière était effectivement convaincue, d'une part, que l'application — supposée correcte — du droit communautaire s'imposait avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre le point de droit en cause et que, d'autre part, cette évidence s'imposerait à la fois aux juridictions des autres États membres et à la Cour (144 - Voir arrêt *Cilfit e.a.*, précité (point 16). I - 10287)

En conséquence, il convient de répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi que l'article 39 CE doit être interprété comme ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Dans des circonstances telles que celles du litige au principal, on peut considérer que **l'erreur commise par le Verwaltungsgerichtshof sur le sens et la portée de cet article du traité est inexcusable**, et donc susceptible d'engager la responsabilité de l'État.

(...) »

La **responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'Union** par l'une de ses **juridictions suprêmes** est érigée par la Cour de justice en **principe général** :

« (...)

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

*Le droit communautaire s'oppose à une législation nationale qui exclut, de manière générale, la **responsabilité de l'État membre** pour les dommages causés aux particuliers du fait d'une **violation du droit communautaire** imputable à une **juridiction statuant en dernier ressort** au motif que la violation en cause résulte d'une **interprétation des règles de droit** ou d'une **appréciation des faits et des preuves** effectuées par cette juridiction.*

*Le droit communautaire s'oppose également à une législation nationale qui limite l'engagement de cette responsabilité aux seuls cas du **dol** ou de la **faute grave** du juge, si une telle limitation conduisait à exclure l'engagement de la responsabilité de l'État membre*

.../...

*concerné dans d'autres cas où une **méconnaissance manifeste du droit applicable**, telle que précisée aux points 53 à 56 de l'arrêt du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01), a été commise.*

(CJUE, Grande Chambre, 13 Juin 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA, en liquidation c/ Repubblica italiana, C-173/03)

En outre, les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat juridictionnel ne sauraient être appréciées de manière **excessivement restrictive** (CJUE, Troisième Chambre, 24 Novembre 2011, Commission européenne c/ République italienne, C-379/10) :

« (...)

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) déclare et arrête:

1) La République italienne,

- en excluant toute responsabilité de l'État italien pour les dommages causés à des particuliers du fait d'une violation du droit de l'Union commise par une juridiction nationale statuant en dernier ressort, lorsque cette violation résulte d'une interprétation des règles de droit ou d'une appréciation des faits et des preuves effectuée par cette juridiction, et

- en limitant cette responsabilité aux seuls cas du dol ou de la faute grave,

conformément à l'article 2, paragraphes 1 et 2, de la loi n° 117 sur la réparation des dommages causés dans l'exercice des fonctions juridictionnelles et la responsabilité civile des magistrats [legge n. 117 (sul) risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati], du 13 avril 1988, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du principe général de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union par l'une de leurs juridictions statuant en dernier ressort.

2) La République italienne est condamnée aux dépens.

(CJUE, Troisième Chambre, 24 Novembre 2011, Commission européenne c/ République italienne, C-379/10)

*

.../...

683. Il est, ainsi, établi que le **défaut de transposition par le législateur de la Décision-cadre 2008/913/JAI du 28 Novembre 2008** sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal a engagé la **responsabilité de l'Etat**, aggravée par la **carence du Conseil d'Etat** qui a manqué à l'obligation de renvoi préjudiciel que lui impose l'article 267 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (**TFUE**).

684. Cette **responsabilité de l'Etat** justifie l'indemnisation du préjudice notamment moral de chacun des requérants à hauteur de **1,00 € (UN EURO)**.

685. Il y a lieu, en outre, de considérer les articles **L. 911-1** et **L. 911-3** du Code de justice administrative (**CJA**) qui disposent respectivement :

Article L 911-1 CJA :

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

Article L 911-3 CJA :

*« 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. »*

La **responsabilité de l'Etat**, telle que la présente requête l'établit, procède de la **carence fautive** de ses trois organes constitutionnels, exécutif, législatif et juridictionnel, dans la transposition adéquate de la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

On doit rappeler, à cet égard, que lorsque l'Etat, comme en l'espèce, 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 (v. supra point **435**).

La Cour de justice de l'Union européenne juge, en effet, que le constat de la responsabilité de l'Etat membre oblige celui-ci à « **effacer les conséquences illicites** » d'une violation du droit de l'Union :

*« 36. L'obligation pour les Etats membres, de **réparer ces dommages** trouve également son fondement dans l'article 5 du traité [article 10 nouveau], en vertu duquel les Etats membres sont **tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières** propres à assurer **l'exécution des obligations** qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Or, parmi ces obligations se trouve celle d'**effacer les conséquences illicites** d'une violation du droit communautaire (voir, en ce qui concerne la disposition analogue de l'article 86 du traité CECA, l'arrêt du 16 décembre 1960, Humblet, 6/60, Rec. p. 1125).*

(CJUE, 19 Novembre 1991, Francovich, aff. C-6/90 et C-9/90, Rec. I, p. 5403),

Ce principe a été repris par la **Cour Administrative d'Appel de Paris** dans son arrêt précité en date du **1^{er} Juillet 1992, Société Jacques Dangeville** (Rec. p. 558), dont la solution conserve sa valeur, malgré l'infirmité de cette décision par le Conseil d'Etat le 30 Octobre 1996 en raison d'une appréciation différente du régime procédural applicable, comme l'a pertinemment analysé le **Professeur René CHAPUS – v. § II-C-1, p. 23, point 94**) :

« *Sur le principe de la responsabilité de l'Etat :*

Considérant qu'il résulte des stipulations du traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment de son article 5 [article 10 nouveau], que l'Etat français est tenu de prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu dudit traité; que parmi ces obligations se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire soit directement, soit à défaut, en assurant la réparation effective des préjudices qui en ont résulté; (...)».

Comme susdit, le **principe de droit** dégagé par la **Cour Administrative d'Appel de Paris** s'est trouvé consolidé dès lors que l'arrêt du **Conseil d'Etat** rendu le 30 Octobre 1996 qui l'a censurée a entraîné **la condamnation de la France** pour violation de l'article **1^{er}** du **Premier Protocole Additionnel** à la Convention européenne des droits de l'homme, par arrêt définitif de la **Cour Européenne des Droits de l'Homme** ayant statué à l'**unanimité** le 16 Avril 2002.

Il doit être relevé que l'arrêt de la **Cour administrative d'appel de Paris** a été rendu avant l'entrée en vigueur de la loi du 08 Février 1995 qui a investi le juge administratif du **pouvoir d'injonction** (article L. 911-1 CJA).

Or, les termes du texte susvisé sont suffisamment larges pour permettre l'exercice du **pouvoir d'injonction** en dehors du contentieux de l'excès de pouvoir.

Disposant de **pouvoirs étendus** dans le **plein contentieux**, le juge administratif est naturellement conduit à faire usage de son pouvoir d'injonction aux fins d'effacer les conséquences illicites de la violation par l'Etat du droit de l'Union.

C'est ce que commande le **principe de coopération loyale** inscrit dans l'article **4 TUE**, dans la rédaction que lui en donne le **Traité de Lisbonne** du 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009 :

« (...)

3. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.

Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. »

Or, l'indemnisation du préjudice moral par l'allocation de l'euro symbolique à chacun des requérants, si elle est pleinement justifiée, ne permet pas d'effacer totalement les conséquences illicites de la violation du droit de l'Union résultant du refus de transposer la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

La décision de condamnation de l'Etat implique nécessairement, aux fins de l'article L. 911-1 CJA, que le Premier ministre fasse cesser, sans délai, la violation du droit de l'Union cause de la condamnation.

Il y aura lieu, dès lors, d'enjoindre, sous astreinte, au Chef du Gouvernement de déposer un projet de loi de transposition de la décision-cadre du 28 Novembre 2008.

SYNTHESE DES MOYENS ET ARGUMENTS DES REQUERANTS DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La question qui est posée au **Conseil constitutionnel** par la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** (arrêt n°4632 du 06 Octobre 2015), dans le cadre du **pourvoi n°15-84.335** dont celle-ci est saisie, est dénuée d'ambiguïté : l'article **24 bis** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse, issu de la **loi du 13 Juillet 1990** dite **Loi Gayssot**, est-il **discriminatoire**, comme « *susceptible de créer une inégalité devant la loi et la justice* » en ce qu'il « *incrimine la seule contestation des crimes contre l'humanité définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis, soit par des membres d'une organisation criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale* »?

En d'autres termes, **l'existence d'autres crimes contre l'humanité**, notamment ceux dont la France a solennellement reconnu la **réalité factuelle et juridique**, tels que le **Génocide Arménien** (**loi n°2001-70** du 29 Janvier 2001) et l'**Esclavage** (**loi du 21 Mai 2001**), est-elle déterminante d'une **différence injustifiée de traitement** devant la **loi** (reconnaissance du crime) et devant la **justice** (pénalisation de sa négation)?

Le **principe d'égalité devant la loi** est consacré par l'article 6 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « DDH ») selon lequel la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité; et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* ».

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

Le **principe d'égalité devant la justice** procède de la combinaison de ces textes constitutionnels avec 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.* »

Selon une jurisprudence constante, le **Conseil constitutionnel** précise la portée du principe d'égalité devant la loi :

« (...) 10. *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** : « La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des **situations différentes** ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des **raisons d'intérêt général**, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la **différence de traitement** qui en résulte soit en **rapport direct** avec l'objet de la loi qui l'établit ; (**CC, décision n°2014-698 DC** du **06 Août 2014**, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014).*

Depuis que la **Cour européenne des droits de l'homme** a publié les **opinions dissidentes** annexées à son **arrêt de Grande Chambre** du 15 Octobre 2015 disant du **Génocide Arménien** qu'il relève de l' « *évident* », il n'est plus possible de nier sérieusement ce crime contre l'humanité qu'il ait été, comme en France, reconnu par une **loi** ou que sa reconnaissance internationale, notamment européenne (**Résolution du Parlement européen** du 18 Juin 1987) suffise à d'autres Etats (**Slovaquie, Grèce**) à le considérer comme **notoire** au sens de l'article **69 § 6** du **Statut de Rome** (**Cour pénale internationale**) et à pénaliser sa négation.

On ne saurait, dès lors, opposer, d'une part, les **crimes nazis** dont la négation devrait être punie et, d'autre part, le **Génocide Arménien** ou l'**Esclavage**, qui pourraient, en toute impunité, continuer à être contestés.

Dans ces conditions, le **Conseil constitutionnel** a le choix entre les deux branches de l'alternative qui s'ouvre à lui :

- Soit, eu égard à l'**autorité de chose jugée erga omnes** dont est investi l'arrêt rendu le 15 Octobre 2015 par la **Grande Chambre** de la **Cour européenne des droits de l'homme** (**Déclaration d'Interlaken**), qui s'attache tant au **dispositif** qu'aux **motifs** qui en sont le soutien nécessaire, ainsi, comme en l'espèce, aux **opinions dissidentes** qui complètent, **sans contrariété**, ce que la Cour n'a pas tranché (la question de la **réalité juridique** du **Génocide Arménien**), le **Conseil constitutionnel** est convaincu de la **discrimination** dont est entachée l'article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse – comme le suggère la **Chambre criminelle** dans son arrêt de renvoi du 06 Octobre 2015 - et **abroge** cette disposition législative, avec **effet différé** pour permettre au législateur de réécrire un texte conforme tant à la Constitution qu'au droit supranational;

- Soit, le **Conseil constitutionnel**, estimant qu'il persiste une **difficulté sérieuse** notamment en raison de l'article **1er § 4** de la **décision-cadre** du 28 Novembre 2008 qui ferait **obstacle** à la **transposition adéquate** en France de ladite décision-cadre, obstacle que l'arrêt de **Grande Chambre** précité de la **Cour de Strasbourg** ne suffirait pas à lever, renvoie à la **Cour de justice de l'Union européenne** la question de la **validité** de cette disposition de droit dérivé et celle de l'**interprétation** du droit de l'Union, spécialement quant à sa propre jurisprudence relative à la **normativité de la loi**.

*

PAR CES MOTIFS

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

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

Vu le **Préambule de la Constitution du 27 Octobre 1946**, notamment son **alinéa 1er**,

Vu la **Constitution du 4 Octobre 1958**, notamment ses articles **1er, 34, 55, 61-1, 62, alinéa 2, 88-1**, ensemble les articles **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958** portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel (ci-après « **LOCC** »),

Vu l'article **6** du **Traité sur l'Union européenne du 7 Février 1992**,

Vu la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 Décembre 2000**, notamment ses articles **1er, 4, 7, 14, 15, 16, 17, 20, 21** et **47**,

Vu les articles **1er, 3, 6 § 1, 8, 13** et **14** de la **Convention européenne des droits de l'homme** et **1er** de son **Premier Protocole additionnel**,

Vu les articles **2, 7, 14 § 1, 17** et **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du **19 Décembre 1966**,

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

Vu l'article **267 § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, dans sa rédaction issue du **Traité de Lisbonne**,

Vu 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,

Vu la **loi des 16-24 Août 1790**, notamment son article **13**, ensemble le **décret du 16 Fructidor An III**,

Vu la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse, notamment son article **24 bis**, issu de la **loi n°90-615 du 13 Juillet 1990** tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe,

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

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

Vu la **Décision du 04 Février 2010**, Portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, notamment son article **6, alinéa 2**,

.../...

Vu l'**arrêt** rendu le 26 Novembre 2012 par le **Conseil d'Etat (incompétence de la juridiction administrative pour connaître du refus** opposé par le Premier ministre de transposer 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,)

Vu l'**arrêt** rendu le 30 Janvier 2014 par la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence (incompétence de la juridiction judiciaire pour connaître du refus** opposé par le Premier ministre de transposer la **Décision-Cadre 2008/913/JAI**) ;

Vu la **requête** de **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** et des autres demandeurs au pourvoi aux fins de **saisine directe** de la **Cour de justice de l'Union européenne** en date du 13 Mai 2014 (*pièce n°182*), enregistrée le 28 Mai 2014 sous le n°C-**243/14** (*pièce n°185*),

Vu l'**ordonnance n°C-243/14** rendue le 06 Novembre 2014 et notifiée à l'Avocat des requérants le 07 Novembre 2014, par laquelle la **Cour de justice de l'Union européenne** se déclare « *manifestement incompétente pour répondre à la demande de M. Krikorian e.a.* » (*pièce n°192*),

Vu la **décision n°03995** rendue le 06 Juillet 2015 par le **Tribunal des conflits (incompétence des deux ordres de juridiction pour connaître du refus** opposé par le Premier ministre de transposer la **Décision-Cadre 2008/913/JAI**),

Vu les **autres pièces du dossier** ci-après inventoriées sous bordereau,

1°) ADMETTRE les observations en intervention des trente-quatre requérants :

1-1°) Monsieur Grégoire KRIKORIAN,

1-2°) son épouse, Madame Suzanne KRIKORIAN née TATOYAN,

1-3°) Monsieur Jean AGOPIAN,

1-4°) son épouse, Madame Marie AFARIAN épouse AGOPIAN,

1-5°) Monsieur Jean-Marie AGOPIAN,

1-6°) Monsieur Gilbert BEGUIAN,

1-7°) Madame Dzovinar MELKONIAN,

1-8°) Monsieur Jean JURAMY,

1-9°) Monsieur Jacques KURKDJIAN,

1-10°) Madame Valérie AGOPIAN épouse KRIKORIAN,

.../...

- 1-11°) Madame Maryse KARABOGHOSSIAN,
- 1-12°) Monsieur Serge KARABOGHOSSIAN,
- 1-13°) Monsieur Dikran Jean-Paul TIMOURDJIAN,
- 1-14°) Madame Patricia AVAKIAN,
- 1-15°) Monsieur Robert Abraham CHAHIMIAN,
- 1-16°) Monsieur Pierre, Louis TCHEKTCHEKIAN,
- 1-17°) Monsieur Edouard BROUSSALIAN,
- 1-18°) Monsieur Samuel TILBIAN,
- 1-19°) Monsieur Grégoire Arthur FAKRIKIAN,
- 1-20°) Monsieur Jean Manouk YEREMIAN,
- 1-21°) Madame Marie Ange JEAN née DER HAGOPIAN,
- 1-22°) Madame Marie-Armene GARABEDIAN épouse DER HAGOPIAN,
- 1-23°) Monsieur Johan DER HAGOPIAN,
- 1-24°) Monsieur Pascal GAZARIAN,
- 1-25°) Madame Armine KEVORKIAN,
- 1-26°) Monsieur Michel KEVORKIAN,
- 1-27°) Monsieur Sevak Michel Raffi KEVORKIAN,
- 1-28°) Madame Madeleine KEVORKIAN,
- 1-29°) Monsieur Frédéric VIAS,
- 1-30°) Madame Nora VIAS,
- 1-31°) Monsieur Jacques Agop TERZIAN,
- 1-32°) Madame Christine ALCHER,
- 1-33°) Monsieur Sarkis SARKISSIAN,
- 1-34°) Monsieur Jean ATAMIAN;

2°) ADRESSER à la Cour de justice de l'Union européenne les demandes de décisions préjudicielles suivantes portant sur la **validité de l'article 1er paragraphe 4** de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et sur **l'interprétation du droit de l'Union** :

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

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

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

- du **JUS COGENS**;

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

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

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

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

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

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

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

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

2-d°) « Les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une pratique jurisprudentielle propre au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits français, telle que la théorie des actes de gouvernement, sur le fondement de laquelle certains actes de l'exécutif national sont exclus du contrôle juridictionnel, au motif qu'ils touchent aux relations avec le Parlement ou à la conduite des relations diplomatiques de l'Etat, alors même que de tels actes sont susceptibles de violer les droits fondamentaux, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective, en empêchant que soit désignée la juridiction nationale compétente pour contrôler la légalité du refus de transposer en droit interne un acte de droit dérivé, telle la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ? » ;

2-e°) « Le Génocide Arménien, crime contre l'humanité notoire commis par l'Empire ottoman pendant la première guerre mondiale, au préjudice des populations civiles arméniennes, constituant la Nation arménienne, reconnu par de nombreux instruments nationaux et internationaux, notamment la résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne » (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), peut-il être exclu de l'incrimination du négationnisme ou, à l'inverse, doit-il être implicitement, mais nécessairement considéré comme compris dans le champ d'application de la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU

CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal dont l'article 1er, § 1, sous c) procède par compréhension (connotation) et renvoie, pour la définition des crimes de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre dont l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques, dès lors qu'elles s'accompagnent d'un risque d'incitation à la violence ou à la haine, doivent être rendues punissables par chacun des Etats membres de l'Union européenne, au plus tard le 28 Novembre 2010, 'aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale', convention qui oblige la Suisse (signature du 18 Juillet 1998 et ratification du 12 Octobre 2001 avec déclaration au titre de l'article 103 § 1 du Statut) et dont l'article 69 § 6 rappelle que 'La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire' ? » ;

2-f°) « L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant la liberté d'expression doit-il, au regard de l'objectif de la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (rapprochement des législations pénales européennes pour lutter plus efficacement contre le racisme et la xénophobie), être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation, telle celle que la France doit adopter, aux fins de respecter son obligation de transposer ladite décision-cadre, en tant que celle-ci aurait pour objet de rendre punissables l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques notamment du Génocide Arménien, reconnu, en particulier par la résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 « sur une solution politique de la question arménienne » (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 » (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), dès lors que le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ? »

EN CONSEQUENCE,

3°) SURSEoir A STATUER dans l'attente des **décisions préjudicielles** que devra rendre la **Cour de justice de l'Union européenne** selon la **procédure d'urgence** prévue par l'article **23 bis** du Statut de la CJUE (**Protocole n°3** annexé aux TUE, TFUE et **Traité CEA**) et par l'article **105** du Règlement de la Cour ;

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

ET EN TOUT ETAT DE CAUSE,

4°) DECLARER l'article **24 Bis** de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse **contraire à la Constitution en toutes ses dispositions indivisibles;**

5°) DIRE ET JUGER que la **déclaration d'inconstitutionnalité** prendra effet au 1er Décembre 2016;

6°) DIRE ET JUGER que la décision à intervenir sera **publiée au Journal officiel de la République française** et **notifiée** dans les conditions prévues à l'article **23-11** de la LOCC susvisée ;

.../...

7°) RESERVER les dépens;

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Marseille, le **29 Octobre 2015**

pour les requérants,

Maître Philippe KRIKORIAN

PRODUCTIONS

1. **Bordereau des pièces produites dans le cadre des instances antérieures (pièces n°1 à 192) (pièce n°193)**
2. **Résolution A 2 - 33 / 87 du Parlement Européen sur une solution politique de la question arménienne** en date du **18 Juin 1987** (Journal Officiel des Communautés Européennes du 20/07/1987 N° C 190/ 119) (pièce n°1)
4. **Loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001** relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 publiée au J.O.R.F. du 30 Janvier 2001, p. 1590 (pièce n°7)
5. **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 (pièce n°84)
6. **Arrêt n°350492** rendu le 26 Novembre 2012 par le **Conseil d'Etat**, avec **note publiée sur le site officiel Legifrance** (pièce n°172) (**rejet de la requête** enregistrée le 30 Juin 2011 – **incompétence de la juridiction administrative** – pièce n°153)
7. **Proposition de loi n°690** enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 Février 2013, tendant à la **transposition en droit interne de la Décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008** sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement, présentée par **Madame et Messieurs Valérie BOYER, Olivier AUDIBERT-TROIN, Marcel BONNOT, Charles de LA VERPILLIERE, Guy TEISSIER et Dominique TIAN**, députés (pièce n°155)
8. **Arrêt n°2014/84** rendu le 30 Janvier 2014 par la **Première Chambre C de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** (**RG n°13/11760 – compétence de la juridiction judiciaire** – dix-sept pages) (pièce n°179)
6. **Ordonnance n°C-243/14** rendue le 06 Novembre 2014 par la **Septième Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne** et notifiée à **Maître Philippe KRIKORIAN** via **e-curia** le 07 Novembre 2014 à 12h04 (pièce n°192)
7. **Cass. 1° Civ., 04 Février 2015 (QPC), Monsieur Grégoire KRIKORIAN et autres c/ Premier ministre**, n°B 14-21.309
8. **TC, 06 Juillet 2015, Monsieur Grégoire KRIKORIAN et autres c/ Premier ministre**, n°03995 (**incompétence des deux ordres de juridiction**)
9. **CEDH, Grande Chambre, 15 Octobre 2015, PERINCEK c. SUISSE**, requête n°27510/08
10. **Carte Nationale d'Identité de Monsieur Grégoire KRIKORIAN** délivrée le 14 Septembre 1994 par la Sous-Préfecture d'Aix-en-Provence (pièce n°10)
11. **Livret de famille de Monsieur et Madame Atam KRIKORIAN** délivré le 24 Février 1955 par la Commune d'ORLEANSVILLE (ALGERIE) (pièce n°11)
12. **Carte nationale d'identité de Madame Suzanne KRIKORIAN née TATOYAN avec livret de famille des époux TATOYAN – SAMOUELIAN, carte nationale d'identité de Monsieur Dikran TATOYAN et extrait du registre d'immatriculation concernant Mademoiselle Vazkanouch SAMOUELIAN** (pièce n°16)
13. **Certificat d'identité tenant lieu de passeport pour les Arméniens de Turquie, en conformité de la Circulaire Ministérielle en date du 12 Août 1924 (Fridjhof NANSEN)** (pièce n°191)

*

.../...