

REQUETE AUX FINS DE RECUSATION D'UN
CONSEILLER D'ETAT

A

MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET
MEMBRES DU CONSEIL D'ETAT STATUANT AU
CONTENTIEUX

(Articles **16** de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789, **6 § 1** de la Convention européenne des Droits de l'Homme, **14 § 1** du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966, **L. 721-1**, **R. 721-2 et suivants** du Code de justice administrative)

POUR:

1°) Monsieur Grégoire KRIKORIAN

, de nationalité française, Commissaire Divisionnaire Honoraire de la Police Nationale,

2°) son épouse, Madame Suzanne KRIKORIAN née TATOYAN

, de nationalité française, Professeur retraité,

3°) Monsieur Jean AGOPIAN

de nationalité française, Médecin retraité,

4°) son épouse, Madame Marie AFARIAN épouse AGOPIAN

, de nationalité française, retraitée,

5°) Monsieur Jean-Marie AGOPIAN
, de nationalité française, Médecin,

6°) Monsieur Gilbert BEGUIAN
de nationalité française, Ingénieur retraité,

7°) Monsieur Jean JURAMY
de nationalité française, Employé associatif,

8°) Monsieur Jacques KURKDJIAN
de nationalité française, Ingénieur,

9°) Monsieur Pierre François Emilien THIOLLET
de nationalité française, Juriste,

10°) Monsieur Jean-Pierre Francis THIOLLET
de nationalité française, Journaliste,

11°) Monsieur Alex MONCLARD
de nationalité française, Retraité de la Police Nationale,

12°) Maître Philippe KRIKORIAN,
, de nationalité française, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille) - **adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20** - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76 - Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site internet www.philippekrimorian-avocat.fr,

Demands à la récusation,

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

(cf **CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie**, n°3067/08 **irrévocable** le 11 Mai 2014)

inscrit au **RPVA** et à **Télérecours**;

CONTRE:

L'ETAT pris en la personne de :

Monsieur le Premier ministre, domicilié Hôtel de Matignon, 57, Rue de Varenne 75700 PARIS,

A raison du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles** (JORF 1er Mars 2015, texte 9 sur 45) (*pièce n°1*), notamment ses articles **5, 32, 34, 37 et 38**;

TENDANT A LA RECUSATION DE:

Madame Isabelle de SILVA, Conseiller d'Etat, Président de la sixième sous-section du Contentieux, domiciliée Conseil d'Etat, 1, Place du Palais-Royal 75001 PARIS;

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

Le **rappel des faits, de la procédure et du contexte de l'affaire (I)** précédera la **discussion (II)**.

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

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

I-A/ LA DEMANDE DES REQUERANTS EN DATE DU 30 AVRIL 2015 PORTEE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT – DOSSIER N°389902

Aux termes de leur **recours pour excès de pouvoir** en date du 30 Avril 2015, enregistré au **Conseil d'Etat** sous le **n°389902**, **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN**, ainsi que les dix autres requérants, tous représentés par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat au Barreau de Marseille, ont demandé l'**annulation pour excès de pouvoir** du **décret n°2015-233** du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles et notamment de ses articles **5, 32, 34, 37 et 38**.

A l'appui de leurs demandes, les requérants ont posé, concomitamment, par **mémoire distinct et motivé**, la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** :

1°) de l'article **91** de la **loi sur les finances** du 28 Avril 1816 (Bull. des lois, 7° S., B. 81, n°623);

2°) des **dispositions législatives de l'ordonnance** du 10 Septembre 1817 (**Louis XVIII**) « *qui réunit, sous la dénomination d'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement, le nombre des titulaires, et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'Ordre.* »,

soit son **préambule** et ses articles **1er, 2, 3-1, 4, 6, 7, 9, 10, 13, alinéas 2 à 6, 13-1, 13-2, 14 et 16**;

3°) des articles **4 et 5** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques,

4°) de l'article **13** de la **loi n°2015-177** du 16 Février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures,

fondements légaux, mais **inconstitutionnels**, du règlement attaqué.

Par **ordonnance n°389900** du 07 Mai 2015, **Monsieur le Président de la Section du contentieux**, juge des référés, a rejeté la demande des requérants tendant à la **suspension d'exécution** dudit décret, aux motifs suivants :

« (...) 2. *Considérant que, pour contester la légalité du décret contesté relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, les requérants soutiennent que ce décret porterait sur des **questions réservées à la loi**, méconnaîtrait les dispositions de la **loi du 16 février 2015**, porterait atteinte au **droit à un recours juridictionnel effectif** et, en raison de **l'insuffisance des mesures transitoires** qu'il prévoit, ne satisferait pas aux exigences qui s'imposent au pouvoir réglementaire ; qu'à l'évidence, aucun des moyens n'est, **en l'état de l'instruction**, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du décret contesté ; que la requête tendant à sa suspension totale ou partielle doit, dès lors, être rejetée selon la procédure prévue par l'article L. 522-3 du code de justice administrative ; que les conclusions des requérants tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent, par voie de conséquence être également rejetées ;*
(...) »

La consultation de l'**historique** du dossier via l'application **TELERECOURS** révèle que le 12 Mai 2015 le Secrétariat général du Gouvernement et le Ministère de la justice, défendeurs à l'instance principale **n°389902**, ont reçu **communication** de la **requête introductive d'instance** et du **mémoire portant QPC** du 30 Avril 2015, un délai respectivement de **quinze jours** et de **deux mois** ayant été imparti à chacun pour la réponse.

Contre toute attente, aux termes de sa **lettre** en date du 02 Juin 2015, **Madame Isabelle de SILVA**, Présidente de la sixième sous-section du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a informé **Maître KRIKORIAN** « *En application de l'article **R. 611-7** du code de justice administrative, (...) que la décision qui sera prise dans cette affaire est susceptible d'être fondée sur un moyen qui ne figure pas dans les mémoires et qui, étant d'ordre public, doit être relevé d'office par le juge ; ce moyen est tiré du **défaut d'intérêt pour agir des requérants**. (...)* », un délai de « **8 jours** » étant réservé aux requérants pour, le cas échéant, présenter leurs observations sur ce moyen.

*

I-B/ LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

(v. requête introductive d'instance du 30 Avril 2015, § I-B, pages 5/174 à 13/174).

II-/ DISCUSSION

Il apparaît, qu'en l'espèce, l'**exigence absolue d'impartialité** du juge (II-A) n'a pas été respectée, appelant, dès lors, comme sanction, sa **récusation** (II-B).

II-A/ L'EXIGENCE ABSOLUE D'IMPARTIALITE DU JUGE

Cette règle, inspirée par le **souci d'une bonne justice** (« *le juge partial ne saurait bien juger* » selon le mot de **Ronsard**), est posée par les **textes internes et internationaux**.

Il résulte, à cet égard, de l'article **16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (DDH)**, que « *le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; (...)* » (CC, décision n°2012-286 QPC du 07 Décembre 2012, Société Pyrénées services et autres, consid. 4; CC, décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014 - Société Beverage and Restauration Organisation SA, consid. 4).

Cette **impartialité** doit, au regard de l'article **6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)**, s'apprécier aussi bien **subjectivement** (détermination de la **conviction personnelle** du juge), qu'**objectivement** (constatation de l'existence de **faits vérifiables** autorisant à suspecter l'impartialité du juge) (CEDH Hauschildt c/ Danemark du 24 Mai 1989, série A, n°154; v. également CEDH Ferrantelli et Santangelo c/ Italie du 7 Août 1996; De Haan c/ Pays-Bas du 26 Août 1997; Rojas Morales c. Italie du 16 Novembre 2000; Perote Pellon c. Espagne du 25 Juillet 2002; Lavents c. Lettonie du 28 Novembre 2002; Kyprianou c/ Chypre du 27 Janvier 2004, n°73797/01; Vera FERNANDEZ-HUIDOBRO c/ Espagne du 06 Janvier 2010, n°74181/01).

Cette **exigence absolue** est déclinée dans chaque branche du droit national.

Ainsi, l'article **662 alinéa 1^{er}** du Code de procédure pénale dispose-t-il :

« *En matière criminelle, correctionnelle ou de police, la Chambre criminelle de la Cour de cassation peut **dessaisir** toute **juridiction d'instruction** ou de **jugement** et renvoyer la connaissance de l'affaire à une autre juridiction du même ordre, **pour cause de suspicion légitime.** »*

De plus, aux termes de l'article **668** du même Code:

« **Tout juge ou conseiller peut être récusé pour les causes ci-après :**

(...)

1° *Si le juge ou son conjoint sont parents ou alliés de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement.*

(...)

2° *Si le juge ou son conjoint, si les personnes dont il est tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire, si les sociétés ou associations à l'administration ou à la surveillance desquelles il participe ont intérêt dans la contestation;*

3° *Si le juge ou son conjoint est parent ou allié, jusqu'au degré indiqué ci-dessus, du tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire d'une des parties ou d'un administrateur, directeur ou gérant d'une société, partie en cause;*

.../...

4° Si le juge ou son conjoint se trouve dans une **situation de dépendance** vis-à-vis d'une des parties;

(...)

6° S'il y a eu procès entre le juge, son conjoint, leurs parents ou alliés en ligne directe, et l'une des parties, son conjoint ou ses parents ou alliés dans la même ligne;

(...)

8° Si le juge ou son conjoint, leurs parents ou alliés en ligne directe ont un différend sur pareille question que celle débattue entre les parties; (...) »

Le **contentieux administratif** n'ignore pas davantage la **récusation**, l'article **L. 721-1** du Code de justice administrative prévoyant que « *La **récusation** d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une **raison sérieuse de mettre en doute son impartialité**.* » (v. **CE, 26 Novembre 2010**, n°344505 et n°344550, affaire dite du stade Paris Jean-Bouin), le **Conseil d'Etat** jugeant, en outre, que le **renvoi pour cause de suspicion légitime** constitue un **principe général de procédure** (**CE, 03 Mai 1957** : Rec. CE, p. 279).

La Haute juridiction administrative juge, implicitement, mais nécessairement, que l'article **6 § 1 CEDH** est **invocable** à l'appui d'une **demande de renvoi pour cause de suspicion légitime** :

« (...)

*Considérant que tout justiciable est recevable à demander à la **juridiction immédiatement supérieure** qu'une affaire dont est saisie la juridiction compétente soit renvoyée devant une **autre juridiction du même ordre** si, pour des causes dont il appartient à l'intéressé de justifier, **la juridiction compétente est suspecte de partialité** ; que, pour justifier cette suspicion, M LACOLLE se borne à invoquer l'existence d'une lettre adressée par le président de la cour administrative d'appel de Lyon en réponse à un courrier d'un élu local relatif aux délais de l'instruction de l'affaire et à prétendre avoir reçu une lettre anonyme émanant d'un magistrat de la Cour ; que cependant ni ce dernier document, dont l'origine et l'authenticité ne sont pas établies, ni la lettre du président de la Cour, par son contenu, ne permettent de suspecter l'impartialité de la cour administrative d'appel de Lyon ; que, par suite, le requérant ne saurait se prévaloir d'une méconnaissance de l'article 6 de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** ;*

(...) »

(**CE, 5ème et 3ème sous-sections réunies, 29 Juillet 1998**, n°192931; déjà, dans le même sens **CE, Section, 03 Mai 1957, Nemegeyi**, Rec. CE 1957, p. 279).

En ce qui concerne la **procédure civile**, il convient de se reporter aux dispositions de l'article **341** du Code de procédure civile (ci-après « **CPC** ») relatif à la **récusation**:

« *Sauf disposition particulière, la **récusation d'un juge** est admise pour les causes prévues par l'article **L. III-6** du Code de l'organisation judiciaire.* », lequel, précisément, dispose :

« *Sous réserve de dispositions particulières à certaines juridictions, la **récusation d'un juge** peut être demandée :*

1° Si lui même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation;

.../...

2° Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties;

3° Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement;

4° S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint;

5° S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties;

6° Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties;

7° S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint;

8° S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties.

Les magistrats du ministère public, partie jointe, peuvent être récusés dans les mêmes cas. »

On doit ajouter que les mêmes règles prévalent en ce qui concerne les **techniciens** qui, aux termes de l'article 234 du CPC « peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges ».

Il convient de rappeler, à ce propos, que les textes internes prévoyant limitativement les cas de **récusation** ou de **renvoi pour cause de suspicion légitime** n'épuisent pas l'exigence d'**impartialité** du juge prévue par l'article 6 § 1 de la **Convention européenne des Droits de l'Homme** (ci-après « **CEDH** ») garantissant le **droit à un procès équitable** (**Cass. 1°, 28 Avril 1998**, Bull. N°155; **Cass. 2°, 27 Mai 2004**, n°K 02-15.726, Bull. II, n°245):

« 1. **Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)**

Le Pacte international sur les droits civils et politiques du 19 Décembre 1966 (ci-après « **PIDCP** ») garantit le même droit en son article **14-1**, lequel stipule :

« 1. **Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)** ».

Il échet d'observer, encore, que le **droit à une protection juridictionnelle effective** fait partie des **principes généraux de droit** qui découlent des **traditions constitutionnelles communes aux Etats membres**, ainsi que la **Cour de Justice des Communautés européennes** l'a jugé dans son arrêt du **25 Juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores** (aff. C-50/00) :

« (...) 38. Cependant, il convient de rappeler que la Communauté européenne est **une communauté de droit** dans laquelle ses **institutions** sont soumises au **contrôle** de la conformité de leurs actes avec **le traité** et **les principes généraux du droit** dont font partie les **droits fondamentaux**.

39. Dès lors, les particuliers doivent pouvoir bénéficier **d'une protection juridictionnelle effective des droits** qu'ils tirent de **l'ordre juridique communautaire**, le droit à une telle protection faisant partie des **principes généraux de droit qui découlent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres**. Ce droit a également été consacré par les articles **6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** (voir; notamment, arrêts du 15 mai 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, point 18, et du 27 novembre 2001, Commission / Autriche, C-424/99, Rec. p. I-9285, point 45).

(...)

41. Ainsi, il **incombe aux Etats membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective**.

42. Dans ce cadre, conformément au **principe de coopération loyale** énoncé à l'article 5 du traité, les juridictions nationales sont tenues, dans toute la mesure du possible, **d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité** de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire à portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier. »

Quant au **devoir de coopération loyale** des Etats membres, il résulte de l'article 10 (ex-art. 5) du Traité de Rome instituant la Communauté européenne lequel, repris en substance par l'article **4, paragraphe 3 du Traité sur l'Union européenne** dans sa rédaction issue du **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009 stipule :

« **Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.**

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité. »

En outre, aux termes de l'article **6 du Traité sur l'Union Européenne** du **7 Février 1992** :

« 1. L'Union est fondée sur les principes de la **liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, ainsi que de **l'Etat de droit**, principes qui sont communs aux Etats membres.

2. *L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 Novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.*

3. *L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres.*

4. *L'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques. »*

La **Cour de Justice de Communautés Européennes** avait eu l'occasion, précédemment, à maintes reprises, de consacrer la **protection des droits de l'homme** dans l'ordre juridique des Communautés (*CJCE 12 Novembre 1969, Stauder*, aff. 29/ 69 : Rec. p. 419; *15 Juin 1978, Defrenne c/ Sabena*, aff. 149/ 77 : Rec. p. 1365; *12 Octobre 1978, Belbouab*, aff. 10/78).

La **Convention européenne des Droits de l'Homme** a fait l'objet d'une référence explicite dans plusieurs des arrêts de la Cour (*CJCE 14 Mai 1974, Nold*, aff. 4/73 : Rec. p. 491; *28 Octobre 1975, Rutili*, aff. 36/75 : Rec. p. 1219; *13 Décembre 1979, Liselotte Hauer*, aff. 44/79 : Rec. p. 3727; *19 Juin 1980, Testa c. Bundesanstalt für Arbeit*, aff. jointes 41, 121 et 796/79 : Rec. p. 1979; *26 Juin 1980, National Panasonic c/ Commission*, aff. 136/79 : Rec. p. 2033).

Il convient d'ajouter que la volonté politique des institutions communautaires de tenir compte des principes dont s'inspire la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** du 4 Novembre 1950 dans le cadre du droit communautaire s'est exprimée dans la **déclaration commune** de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 Avril 1977 (*JOCE n°C 103, 27 Avril 1977, p. 1*), ce dont la Cour a pris acte dans son arrêt du *15 Mai 1986, Johnston* (aff. 222/84 : Rec. p. 1651 s.).

En outre, dans son arrêt du *24 Novembre 1998, Bickel et Franz* (aff. C-274/96) la **Cour de Justice des Communautés Européennes** a jugé :

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

On peut, au surplus, rappeler l'adage anglo-saxon auquel se réfère la **Cour européenne des Droits de l'Homme** : « *Justice must not only be done ; it must also be seen to be done* » (Il ne faut pas seulement que la justice soit rendue, mais également qu'elle soit donnée à voir) (*CEDH Delcourt, 17 Janvier 1970, § 31 ; Campbell et Fell, 28 Juin 1984, § 77*).

Comme susdit, la **Cour européenne des Droits de l'Homme** juge, à propos de l'**impartialité du juge**, savoir son indépendance à l'égard des parties :

« (...) 46. Aux fins de l'article **6 par. 1** (art. 6-1), l'**impartialité** doit s'apprécier selon une démarche **subjective**, essayant de déterminer la **conviction personnelle de tel juge** en telle occasion, et aussi selon une démarche **objective** amenant à s'assurer qu'il offrait des **garanties suffisantes** pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, entre autres, l'arrêt De Cubber du 26 octobre 1984, série A n°86, pp. 13-14, par. 24).

47. Quant à la première, ni devant la Commission ni devant la Cour le requérant n'a taxé de parti pris les juges concernés. Au demeurant, l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à la preuve du contraire, non fournie en l'espèce.

Reste donc l'appréciation **objective**.

48. Elle consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, **certaines faits vérifiables** autorisent à **suspecter l'impartialité** de ce dernier. En la matière, **même les apparences peuvent revêtir de l'importance**. Il y va de la **confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables**, à commencer, au pénal, par les prévenus. Doit donc **se récuser** tout juge dont on peut légitimement craindre un **manque d'impartialité** (voir, mutatis mutandis, l'arrêt De Cubber précité, série A n°86, p. 14, par. 26).

Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif (arrêt **Piersack** du 1^{er} octobre 1982, série A n°53, p. 16, par. 31). L'élément déterminant consiste à savoir si les **appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées**. »

(**CEDH Hauschildt c/ Danemark** du 24 Mai 1989, série A, n°154; v. également **CEDH Ferrantelli et Santangelo c/ Italie** du 7 Août 1996; **De Haan c/ Pays-Bas** du 26 Août 1997; **Rojas Morales c. Italie** du 16 Novembre 2000; **Perote Pellon c. Espagne** du 25 Juillet 2002; **Lavents c. Lettonie** du 28 Novembre 2002; **Kyprianou c/ Chypre** du 27 Janvier 2004, n°73797/01; **Vera FERNANDEZ-HUIDOBRO c/ Espagne** du 06 Janvier 2010, n°74181/01).

La **Cour de Strasbourg** a eu l'occasion, très récemment, de réaffirmer par arrêt de **Grande Chambre**, les **principes généraux de l'impartialité du juge** :

« (...) »

C. L'appréciation de la Cour

1. Principes généraux

73. La Cour rappelle que l'**impartialité** se définit d'ordinaire par l'**absence de préjugé** ou de **parti pris** et peut s'apprécier de diverses manières. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une **démarche subjective**, en tenant compte de la **conviction personnelle** et du **comportement du juge**, c'est-à-dire en recherchant si celui-ci a fait preuve de **parti pris** ou **préjugé personnel** dans le cas d'espèce, ainsi que selon une **démarche objective** consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des **garanties suffisantes** pour **exclure tout doute légitime quant à son impartialité** (voir, par exemple, *Kyprianou c. Chypre* [GC], no 73797/01, § 118, CEDH 2005-XIII, et *Micallef c. Malte* [GC], no 17056/06, § 93, CEDH 2009).

74. Pour ce qui est de la **démarche subjective**, le principe selon lequel un tribunal doit être présumé exempt de préjugé ou de partialité est depuis longtemps établi dans la jurisprudence de la Cour (*Kyprianou*, précité, § 119, et *Micallef*, précité, § 94). L'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (*Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, § 47, série A no 154). Quant au type de preuve exigé, la Cour s'est par exemple efforcée de vérifier si un juge avait fait montre d'hostilité ou de malveillance pour des raisons personnelles (*De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, § 25, série A no 86).

75. Dans la très grande majorité des affaires soulevant des questions relatives à l'impartialité, la Cour a eu recours à la **démarche objective** (*Micallef*, précité, § 95). La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un **observateur extérieur**, entraîner des **doutes objectivement justifiés** quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa **conviction personnelle** (démarche subjective) (*Kyprianou*, précité, § 119). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la **présomption d'impartialité subjective du juge**, la **condition d'impartialité objective** fournit une garantie importante supplémentaire (*Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, § 32, Recueil des arrêts et décisions 1996-III).

76. Pour ce qui est de l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, **certaines faits vérifiables** autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Il en résulte que, pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une **raison légitime** de redouter d'un **juge** ou d'une **juridiction collégiale** un défaut d'impartialité, l'optique de la personne concernée entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les **appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées** (*Micallef*, précité, § 96).

.../...

77. L'appréciation objective porte essentiellement sur les **liens hiérarchiques ou autres** entre le **juge et d'autres acteurs de la procédure** (Micallef, précité, § 97). Il faut en conséquence décider dans chaque cas d'espèce si la nature et le degré du lien en question sont tels qu'ils dénotent un manque d'impartialité de la part du tribunal (Pullar, précité, § 38).

78. En la matière, **même les apparences peuvent revêtir de l'importance** ou, comme le dit un adage anglais, « **justice must not only be done, it must also be seen to be done** » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous) (De Cubber, précité, § 26). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. Tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit donc se déporter (Castillo Algar c. Espagne, 28 octobre 1998, § 45, Recueil 1998-VIII, et Micallef, précité, § 98).

(...)

(CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE, n°29369/10).

La **Cour de Strasbourg** juge, en outre, de façon constante que la **Convention européenne des droits de l'homme** ne vise pas à garantir des **droits théoriques ou illusoires**, mais des **droits concrets et effectifs** (*CEDH Aff. Airey 9 Octobre 1979, série A n°32, §24; Artico c. Italie du 13 Mai 1980, série A n°37 p. 16, §33 et Dulaurans du 21 Mars 2000*) :

« 33. L'alinéa c) (art. 6-3-c), la Commission le relève aux paragraphes 87 à 89 de son rapport, consacre le droit de se défendre de manière adéquate en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat, droit renforcé par l'obligation, pour l'Etat, de fournir dans certains cas une assistance judiciaire gratuite.

(...)

La Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits **non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs** ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la **défense** eu égard au **rôle éminent** que le **droit à un procès équitable**, dont ils dérivent, joue dans une **société démocratique** (arrêt *Airey du 9 octobre 1979, série A n°32, pp. 12-13, par. 24, et paragraphe 32 ci-dessus*).

L'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c), les délégués de la Commission l'ont souligné à bon escient, parle d' « assistance » et non de « nomination ». Or la seconde n'assure pas à elle seule l'effectivité de la première car l'avocat d'office peut mourir, tomber gravement malade, avoir un empêchement durable ou se dérober à ses devoirs. Si on les en avertit, les autorités doivent le remplacer ou l'amener à s'acquitter de sa tâche. Adopter l'interprétation restrictive avancée par le Gouvernement conduirait à des résultats déraisonnables, incompatibles avec le libellé de l'alinéa c) (art. 6-3-c) comme avec l'économie de l'article 6 considéré dans son ensemble (art. 6). L'assistance judiciaire gratuite risquerait de se révéler un vain mot en plus d'une occasion. (*CEDH Artico c. Italie du 13 Mai 1980, série A n°37 p. 16, §33*).

La **Cour de Cassation** dans sa formation la plus solennelle a fait application de ce principe dans son désormais célèbre arrêt **Bord Na Mona du 6 Novembre 1998** dans lequel elle a jugé, au visa, notamment de l'article 6 § 1 CEDH :

.../...

« (...) **toute personne a droit** à ce que sa cause soit entendue par un **tribunal impartial**; que cette exigence doit s'apprécier **objectivement**; qu'il en résulte que lorsqu'un juge a statué en **référé** sur une demande tendant à l'attribution d'une **provision** en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, **il ne peut ensuite statuer sur le fond** du litige afférent à cette obligation; (...) (**Cass. Ass. Plén. 6 Novembre 1998, Bull. n°5**).

L'**Assemblée Plénière** a eu l'occasion de réaffirmer l'**exigence d'impartialité** le **5 Février 1999** en jugeant qu'un membre de la **Commission des opérations de bourse** qui, dans une procédure de sanction, a été nommé rapporteur et a été chargé de procéder à l'instruction d'une affaire et à toutes investigations utiles, ne peut pas participer au délibéré (**Cass. Ass. Plén. 5 Février 1999, Bull. n°1**).

La **Chambre Commerciale** de la Cour de Cassation a, de même, toujours au visa de l'article **6 § 1** de la **Convention européenne des Droits de l'Homme**, sanctionné la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré du **Conseil de la Concurrence** en ces termes :

« (...)

*Vu l'article 6.1 de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**;*

Attendu que, pour rejeter le moyen soutenu par les parties de la nullité de la décision du Conseil de la concurrence par suite de la présence lors du délibéré du rapporteur et du rapporteur général, l'arrêt énonce que leur présence, sans voix délibérative, est prévue par l'article 24, alinéa 4 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et qu'elle ne saurait entacher de nullité la décision fondée sur les seuls éléments du rapport discuté contradictoirement, alors qu'est ouvert un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel, soumise aux protections édictées par la Convention européenne des droits de l'homme, spécialement en ce qui concerne les principes de l'égalité des armes et de la participation à son délibéré des seuls magistrats du siège la composant;

*Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est **contraire au principe évoqué**; qu'il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle; que la cour d'appel a ainsi violé le texte susvisé; (...) »*

(**Cass. Com. 5 Octobre 1999, Bull. IV, n°158**).

Le contentieux disciplinaire des Avocats – sous réserve de son **inconstitutionnalité** évidente en raison de son **incompatibilité radicale** avec le **statut constitutionnel** et le **principe d'indépendance absolue** de l'Avocat (v. article de **Maître Philippe KRIKORIAN** « **Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** » publié dans la Gazette du Palais, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007) - a donné l'occasion à la **Première Chambre civile** de la Cour de cassation de faire produire des conséquences à l'**exigence d'impartialité objective**.

On peut, à cet égard, relever deux arrêts rendus les **5 Octobre 1999** et confirmés le **23 Mai 2000** par lesquels la **Cour de Cassation** a décidé que les avocats désignés par le bâtonnier en qualité de rapporteurs ne peuvent participer au délibéré de la formation disciplinaire de jugement, laquelle ne peut pas être présidée par le bâtonnier lui-même (**Cass. Civ. 1^{re} 5 Octobre 1999**, Bull. n°257; **23 Mai 2000**, Bull. N°151), jurisprudence consacrés depuis lors par la loi (actuel article **22-1 alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

L'arrêt rendu le **7 Novembre 2000** par la première Chambre civile (Bull. n°278) illustre également l'application par la Cour Suprême de l'**exigence d'impartialité du juge**.

La matière pénale n'échappe pas, en outre, à la règle dès lors que, comme l'indique le **Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD** (Faculté de Droit et de Sciences politiques de Limoges) « *s'il est un juge dont l'impartialité doit être plus particulièrement garantie, c'est bien celui qui peut prononcer des sanctions pénales.* ».

Ainsi, la **Chambre criminelle** de la **Cour de Cassation**, elle-même, juge, en matière de **renvoi pour cause de suspicion légitime** qu'est objectivement de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de la juridiction d'instruction, au sens de l'article **6** de la **Convention européenne des droits de l'homme** et constitue, dès lors, un motif de **dessaisissement pour cause de suspicion légitime** selon l'article **662** du Code de procédure pénale, la circonstance qu'un **juge d'instruction** ait à instruire sur les faits dénoncés par la **partie civile** après avoir opposé à celle-ci un **refus d'informer injustifié** (**Cass. Crim. 4 Mars 1998**, Bull. n°86).

De la même façon, si la conduite d'une procédure n'autorise pas à suspecter l'indépendance des magistrats composant le Tribunal, elle est cependant de nature, compte tenu des fonctions exercées par la victime – premier substitut du Procureur de la République dudit tribunal - à faire craindre que la juridiction ayant à décider du bien-fondé de l'accusation **n'offre pas les garanties suffisantes d'impartialité**, ces circonstances constituant des motifs suffisants, au sens tant de l'article **662** du Code de procédure pénale que de l'article **6** de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** pour attribuer à un autre tribunal la connaissance de l'affaire (**Cass. Crim. 30 Novembre 1994**, Bull. n°392).

Constitue également un motif suffisant de **suspicion légitime** l'**hostilité** manifestée publiquement par un juge d'instruction à l'égard d'un inculpé (**Cass. Crim. 21 Août 1990**, Bull. n°305).

De plus, en matière de récusation, la Cour de Cassation juge, au visa notamment de l'article **6 § 1** de la **Convention européenne des Droits de l'Homme** que « *ne peut faire partie de la Chambre d'accusation saisie de l'appel d'une ordonnance de non-lieu un conseiller ayant participé à l'arrêt de la même juridiction, qui avait confirmé, dans la même procédure, une ordonnance de refus d'informer* » (**Cass. Crim. 6 Janvier 2000**, Bull. crim. n°5).

Il est, encore, à noter que dans une affaire, certes médiatisée, mais non moins soumise à l'application du Droit, **Monsieur Jean-Marie COULON**, Premier Président de la Cour d'Appel de Paris, a également visé l'article 6 § 1 de la **Convention européenne des Droits de l'Homme** pour faire droit à la **requête en récusation** visant la Présidente de la Onzième Chambre correctionnelle du Tribunal de Grande Instance de Paris formée, notamment, par **Monsieur Robert HUE**, alors Secrétaire Général du Parti Communiste français poursuivi devant cette juridiction :

« *NOUS, Jean-Marie COULON [...] – Vu l'article 6.1 de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, ensemble les articles 668 et suivants du code de procédure pénale;*

Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial : que cette exigence doit, en l'espèce, s'apprécier objectivement;
(...)

Attendu que ces motifs contiennent une appréciation sur la régularité des activités de la société GIFCO, dont les dirigeants comparaissent aujourd'hui devant le tribunal correctionnel; que l'expression de cette opinion, qui dépasse la simple connaissance des faits, par un tribunal dont Mme X... était assesseur, constitue, objectivement et de façon apparente, une manifestation qui peut légitimement induire un doute sur son impartialité dans l'instance en cours; qu'il conviendra dans ces conditions de faire droit à la requête.

Par ces motifs, faisons droit à la requête de Messieurs Robert H... [et autres] tendant à la récusation de Madame Sophie X..., présidente de la 11^e Chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris. »

(**Ordon. Premier Président CA Paris 26 Octobre 2000**, Dalloz 2001, n°21 p. 1646).

La **Cour de Cassation** a, encore plus récemment, réaffirmé l'exigence absolue de l'impartialité du juge:

« (...)
*Vu l'article 6.1 de la **Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**;*

Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial;

Attendu que, pour condamner Mme Mathieu, le jugement retient notamment 'la piètre dimension de la défenderesse qui voudrait rivaliser avec les plus grands escrocs, ce qui ne constitue nullement un but louable en soi sauf pour certains personnages pétris de malhonnêteté comme ici Mme Mathieu dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que la surface habitable de sa caravane, ses préoccupations manifestement strictement financières et dont la cupidité le dispute à la fourberie, le fait qu'elle acculait ainsi sans état d'âme et avec l'expérience de l'impunité ses futurs locataires et qu'elle était sortie du domaine virtuel où elle prétendait sévir impunément du moins jusqu'à ce jour, les agissements frauduleux ou crapuleux perpétrés par elle nécessitant la mise en oeuvre d'investigations de nature à la neutraliser définitivement';

.../...

Qu'en statuant ainsi, en des termes injurieux et manifestement incompatibles avec l'exigence d'impartialité, le juge a violé le texte susvisé;

(...) »

(Cass. 2ème Civ., 14 Septembre 2006, Mme Katherine MATHIEU c/ Consorts TRIFILO, n°S 04-20.524).

« (...) *Vu l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;*

Attendu qu'il résulte de ce texte que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial; que l'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement;

(...)

Qu'en statuant ainsi, dans une composition où siégeait le magistrat qui avait rendu l'ordonnance déferée, et alors que M. Mortelette avait soulevé dès l'ouverture des débats cette irrégularité, la cour d'appel a violé le texte susvisé; (...) »

(Cass. 2° Civ., 10 Septembre 2009, M. Pascal MORTELETTE c/ M. Dominique MIQUEL, n° N 08-14.004).

Il est, en outre, à noter, que la **Cour de Cassation** contrôle, désormais, au vu, notamment, de l'article 6 § 1 de la **Convention européenne des droits de l'homme** et en **dehors même des procédures de récusation ou de suspicion légitime**, le respect par les juges du fond de l'obligation qui leur est faite par ce texte de ne jamais se départir de leur **impartialité** et d'en tirer eux-mêmes les conséquences lorsque celle-ci pourrait légitimement être mise en cause au vu de **faits objectifs**, comme c'est le cas en l'espèce.

Ainsi, la Haute juridiction juge-t-elle:

« (...) *l'exigence d'impartialité s'impos(e) aux juridictions d'instruction à l'encontre desquelles un tel grief peut être invoqué indépendamment de la mise en oeuvre des procédures de récusation ou de renvoi (...) » (Cass. Crim. 23 Mars 2004, Bull. N°76),*

et encore:

« *Vu l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article 510 du Code de procédure pénale;*

Attendu qu'il résulte de ces textes que ne peut faire partie de la chambre des appels correctionnels le magistrat qui, à l'occasion d'une instance civile, s'est déjà prononcé sur tout ou partie des faits qui ont justifié le renvoi du prévenu devant le juge pénal; (...) » (Cass. Crim. 5 Novembre 2003, Bull. N°210),

« Vu les articles **préliminaire** du Code de procédure pénale et **6-1** de la Convention européenne des droits de l'homme;

Attendu qu'il résulte de ces textes que **ne peut faire partie de la chambre des appels correctionnels** le magistrat ayant participé, dans l'affaire soumise à cette juridiction, à un arrêt de la **chambre de l'instruction** qui, pour rejeter une demande d'actes complémentaires, a porté une **appréciation sur la valeur des charges** pesant sur le prévenu; (...) » (**Cass. Crim. 15 Décembre 2004**, Bull. N°41)

La **prohibition**, en matière pénale, du **cumul des fonctions d'instruction et de jugement** est consacrée par l'article **49, alinéa 2** du Code de procédure pénale aux termes duquel le juge d'instruction « (...) **ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction.** »

Comme susdit, le **Conseil constitutionnel** a confirmé dernièrement, au visa de l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), que « **le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; (...)** » (**CC, décision n°2012-286 QPC du 07 Décembre 2012, Société Pyrénées services et autres**, consid. 4; **CC, décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014 - Société Beverage and Restauration Organisation SA**, consid. 4).

En outre, quant au **cumul des fonctions d'instruction et de jugement**, la **Cour européenne des droits de l'homme** juge :

« (...)

57. En particulier, il ne ressort pas du CMF, ni d'un éventuel règlement intérieur, de distinction claire entre les **fonctions de poursuite, d'instruction** et de **sanction** dans l'**exercice du pouvoir juridictionnel** de la Commission bancaire. Or, si le **cumul des fonctions d'instruction et de jugement** peut être compatible avec le respect de l'**impartialité** garanti par l'article **6 § 1** de la **Convention**, comme la Cour l'a jugé dans le cadre d'une procédure disciplinaire devant le Conseil des marchés financiers, autorité administrative indépendante similaire à la Commission bancaire, où était en cause la **participation du rapporteur au délibéré du jugement** (Didier, précité), ce cumul est **subordonné** à la **nature** et l'**étendue des tâches du rapporteur** durant la phase d'instruction, et notamment à l'**absence d'accomplissement d'acte d'accusation** de sa part. La Cour a rappelé à cette occasion que « le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'**étendue des mesures** adoptées par le juge avant le procès ».

58. La Cour doit donc rechercher si la Commission bancaire a pu décider de la sanction disciplinaire sans « **préjugement** », compte tenu des **actes** accomplis par elle au cours de la procédure.

(...) »

(**CEDH, 11 Juin 2009, affaire DUBUS S.A. c. FRANCE**, n°5242/04).

A la suite de cet arrêt, le **Conseil d'Etat** a admis l'**incompatibilité** des fonctions de **poursuite** et de **jugement** en matière de discipline des **organismes bancaires** (**CE, 08 Novembre 2010, Caisse nationale d'épargne et de prévoyance, n°329384 et n°330042**) et d'**assurances** (**CE, 22 Décembre 2011, Union mutualiste générale de prévoyance, n°323612**).

Le **Conseil constitutionnel**, lui-même, a censuré les dispositions législatives qui ne respectaient pas l'**exigence d'impartialité**, concernant la **Commission bancaire** :

« (...)

6. *Considérant que, selon la société requérante, en ne prévoyant pas de séparation des **pouvoirs de poursuite** et de **sanction** au sein de la commission bancaire, ces dispositions méconnaissent les **principes d'indépendance et d'impartialité** des juridictions qui découlent de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** ;*

7. *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la **Déclaration de 1789** : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que les **principes d'indépendance et d'impartialité** sont **indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles** ;*

8. *Considérant que les dispositions contestées, en organisant la **Commission bancaire sans séparer** en son sein, d'une part, les **fonctions de poursuite** des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les **fonctions de jugement** des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, **méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions** et, par suite, doivent être déclarées **contraires à la Constitution** ;*

(**CC, 02 Décembre 2011, n°2011-200 QPC**).

*

Il est, ainsi, bien établi que l'**exigence d'impartialité** s'impose au juge, quel qu'il soit, qu'il statue en matière **civile, pénale, administrative ou constitutionnelle**.

Il ne saurait, dès lors, être exclu a priori tout manquement à l'**exigence absolue d'impartialité** de la part du **magistrat instructeur** qui siègerait au sein de la formation de jugement, concernant l'affaire qu'il a instruite.

Le contrôle de l'**impartialité** du Juge doit, a fortiori, s'exercer lorsque, comme en l'espèce, il est sollicité dans le cadre de la **procédure de récusation** dont la vocation est, comme le rappellent d'éminents membres du **Conseil d'Etat**, dont notamment **Madame Pascale FOMBEUR**, actuelle Présidente de la première sous-section du Contentieux - d'assurer **en amont** du prononcé de la décision, le respect de cette **obligation impérieuse d'ordre public** qui s'impose à toute juridiction :

« *À l'inverse, il est dans l'intérêt tant des **justiciables** que des **juridictions** que les premiers appellent l'attention des secondes sur leurs craintes quant à l'**impartialité de tel ou tel magistrat, avant même que la décision de justice soit rendue.** »*

(**Pascale FOMBEUR**, Conseillère d'Etat, **Alexandre LALLET**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, JurisClasseur Justice administrative, fasc. 70-11 : Jugement – Impartialité de la juridiction – Abstention et récusation – 31 Décembre 2012, § 158).

.../...

Dans cet ordre d'idées, la **Cour de cassation** qui jugeait naguère 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°11-30.193, 481), confirme récemment que l'**Avocat** « **a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement d'un magistrat ou d'un avocat (...)** » (**Cass. 1^o Civ., 29 Octobre 2014**, n°12-27.610).

Quant à la procédure de **renvoi pour cause de suspicion légitime**, elle « *constitue un moyen préventif permettant à l'une des parties de "demander à la juridiction immédiatement supérieure qu'une affaire, dont est saisie la juridiction compétente, soit renvoyée devant une autre juridiction du même ordre, parce que, pour des causes dont il appartient à l'intéressé de justifier, le tribunal compétent est suspect de partialité" (CE, sect., 3 mai 1957, Nemegyei, cité supra n° 161). Il vise l'hypothèse dans laquelle ce ne sont pas seulement un ou plusieurs membres, mais l'ensemble des membres de la juridiction, qui sont suspects de partialité. Il a pour effet d'entraîner une dérogation dans l'ordre normal des compétences (CE, 8 juill. 1959, Comm. gouv. près Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables et comptables agréés : Rec. CE 1959, p. 1515 ; AJDA 1959, II, p. 84 obs. Dubuisson ; D. 1960, jurispr. p. 42, note Ch. Debasch. - CE, 28 févr. 1979, Melki : Rec. CE 1979, tables, p. 788 ; RDP 1979, p. 1516), et plus précisément, dans la répartition territoriale des compétences. C'est ce qui explique qu'il soit enserré dans des conditions très strictes.* »

(**Pascale FOMBEUR**, Conseillère d'Etat, **Alexandre LALLET**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, *ibid.* § 201).

Le **Conseil constitutionnel**, lui-même, a introduit dans son **Règlement intérieur** « *sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité* » (**Décision du 04 Février 2010**) des dispositions relatives à l'**abstention** et à la **récusation** d'un de ses membres :

« (...) **Article 4**

(al.1) *Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir **s'abstenir** de siéger en informe le président.*

(al.2) *Une partie ou son représentant muni à cette fin d'un pouvoir spécial peut demander la **récusation** d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier. La demande n'est recevable que si elle est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel avant la date fixée pour la réception des premières observations.*

(al.3) *La demande est communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. Ce dernier fait connaître s'il acquiesce à la récusation. Dans le cas contraire, la demande est examinée **sans la participation** de celui des membres dont la récusation est demandée.*

(al.4) Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation.

Enfin, très récemment, le **Tribunal des conflits** a rompu définitivement et spectaculairement avec sa jurisprudence traditionnelle (**TC, 13 Janvier 1958 Alioune – Kane**, Rec. 790) – ayant cours avant que l'article **16 DDH** ne soit reconnu comme étant de **rang constitutionnel** (**CC, 16 Juillet 1971** – liberté d'association) - aux termes de laquelle n'étaient pas recevables devant le **Tribunal des conflits** « *Des conclusions à fin de récusation (...) en raison du caractère particulier de cette juridiction (T. confl. 13 janv. 1958, Alioune Kane, Rec. CE, p. 790)* » (**Marie-Aimée LATOURNERIE**, Président de section au Conseil d'Etat et **Jacques ARRIGHI DE CASANOVA**, Conseiller d'Etat, Répertoire Dalloz, v° Tribunal des conflits, Février 2007, § 5, p. 3).

Le **juge du conflit** a, en effet, par cette **décision historique**, **achevé un pan important de la construction de l'Etat de droit**, sous l'angle de l'**exigence absolue d'impartialité du juge**, qu'il a appliquée en son sein, conférant à cette règle, eu égard à la qualité de ses membres, une **portée toute particulière** :

« (...)

*Considérant que **M. Krikorian et autres** ont présenté, en application de l'article 17 du décret du 26 octobre 1849 alors en vigueur, une requête, enregistrée le 19 novembre 2014, tendant à ce que le **Tribunal des conflits** déclare **nulle et non avenue** la décision du 26 novembre 2012 par laquelle le **Conseil d'Etat, statuant au contentieux**, a notamment rejeté leur **recours pour excès de pouvoir** contre la décision implicite par laquelle le **Premier ministre** a refusé de déposer un **projet de loi transposant la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 200(8) du Conseil de l'Union européenne**, au motif qu'une telle décision touche aux **rappports entre les pouvoirs publics constitutionnels** et échappe, par là-même, à la compétence de la juridiction administrative; que la même requête tend aussi à ce que le **Tribunal** déclare **nul et non avenu** l'arrêt du (30 Janvier 2014) par lequel la cour d'appel d'Aix-en-Provence a notamment jugé que la juridiction judiciaire était incompétente pour connaître d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre de déposer un projet de loi et a refusé de renvoyer la question de compétence au Tribunal au motif que, eu égard à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, qui 'dénie sa compétence en matière d'actes pris par le Gouvernement dans ses rapports avec le Parlement', la juridiction administrative est, comme la juridiction judiciaire, incompétente pour connaître du litige; que **M.Krikorian et autres** soutiennent, à l'appui de cette requête, que la juridiction administrative et la juridiction judiciaire sont **l'une et l'autre compétentes** pour connaître du litige qui les oppose au Premier ministre;*

*Considérant que **M. Krikorian et autres** demandent au Tribunal, avant qu'il ne statue sur leur requête, la **récusation de M. Arrighi de Casanova**; que cette demande est fondée sur la **participation de l'intéressé**, en qualité de président de la formation de jugement du Conseil d'Etat, à la **décision**, mentionnée ci-dessus, du **26 novembre 2012**;*

.../...

*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 **rappports entre les pouvoirs publics constitutionnels** ou se rattachait directement aux **rappports internationaux de la France**; qu'il y a donc lieu de faire droit à la demande de M. Krikorian et autres;*

D E C I D E :

Article 1er : Il est fait droit à la demande de récusation de M. Arrighi de Casanova présentée par M. Krikorian et autres;

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Krikorian et autres.

(TC, 18 Mai 2015, Monsieur Grégoire KRIKORIAN et autres c/ Premier ministre, n°3995).

*

Il doit être relevé, dans cet ordre d'idées, qu'il ne saurait être fait grief aux requérants de mettre en œuvre les **voies de droit** expressément prévues par les textes en vigueur ou les règles prétoriennes, comme l'est la procédure de **récusation** d'un membre du **Conseil d'Etat**, dès lors que l'**exigence absolue d'impartialité** posée par l'article **6 § 1 CEDH** et l'article **14 § 1 PIDCP** s'impose à **tous les degrés de juridiction** et non pas seulement au juge d'appel.

La **faculté** offerte aux requérants, dans la **jurisprudence récente** du **Conseil d'Etat**, de critiquer le **manque d'impartialité** des juges à l'occasion de l'appel du jugement dont ils sont les auteurs (**CE, Section, 12 Octobre 2009, Petit**, n°311641 : « *un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement, quel qu'en soit le fondement, peut être invoqué à toute étape de la procédure, y compris devant le juge de cassation; (...)* ») n'est donc pas de nature à faire obstacle à la présentation d'un moyen tendant à ce que leurs conclusions soient examinées par un **juge impartial** dès le **premier degré de juridiction**.

Cette exigence s'impose d'autant plus à la juridiction saisie lorsque, comme en l'espèce, celle-ci statue de façon **irrévocable** sur le litige.

La présente requête dont l'objet n'est pas de paralyser le jugement du **recours pour excès de pouvoir** dont **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN** et les autres requérants ont saisi le **Conseil d'Etat** le 30 Avril 2015, mais, à l'inverse, de **rétablir les conditions du procès équitable**, ne peut, en aucune façon, dès lors, être qualifiée de recours abusif.

*

.../...

**II-B/ LA RECUSATION ET LE REMPLACEMENT DE MADAME LA
PRESIDENTE DE SILVA NECESSAIRE SANCTION DE L'EXIGENCE ABSOLUE
D'IMPARTIALITE DU JUGE**

La **recevabilité** de la requête en récusation ne peut être sérieusement contestée (**II-B-1**), tandis que le **procès équitable** doit demeurer le **cadre intangible** de l'exercice des **pouvoirs juridictionnels** (**II-B-2**).

II-B-1/ LA REQUETE EN RECUSATION EST, A L'INSTAR DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR DONT ELLE EST L'ACCESSOIRE, DISPENSEE DU MINISTERE D'AVOCAT AUX CONSEILS : L'APPLICATION DES ARTICLES R. 432-1 ET R. 432-2, 1° DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE, SUSCEPTIBLES DE RECEVOIR UNE INTERPRETATION CONFORME AU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

Aux termes des articles **R. 432-1** et **R. 432-2** du Code de justice administrative (CJA) :

Article **R. 432-1** CJA :

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

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

Article **R. 432-2** CJA :

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

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

2° Aux recours en appréciation de légalité ;

3° Aux litiges en matière électorale ;

4° Aux litiges concernant la concession ou le refus de pension.

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

Les dispositions de l'article R. 432-1 ne sont pas non plus applicables aux mémoires des parties sur les saisines de l'autorité judiciaire en application de l'article 49 du code de procédure civile et portant sur une appréciation de légalité. »

De la combinaison de ces textes, on déduit directement que le **recours pour excès de pouvoir** présenté devant le **Conseil d'Etat** est **dispensé du ministère d'Avocat aux Conseils**.

Il doit, dès lors, en aller de même de la **requête en récusation** qui n'est pas un recours autonome de la requête principale, mais qui tend, à l'inverse, à assurer à celle-ci les **conditions du procès équitable**, sous l'angle de l'**exigence absolue d'impartialité du juge**.

C'est, au demeurant l'avis de la **doctrine autorisée** :

.../...

« (...) »

c) Représentation du demandeur

171. - *Le Code de justice administrative ne précise pas dans quelles hypothèses des conclusions aux fins de récusation doivent être présentées par ministère d'avocat. Il se borne à reprendre l'article 343 du Code de procédure civile, pour mentionner que, dans le cas où la récusation est demandée par le mandataire du requérant, ce mandataire doit justifier d'un pouvoir spécial : "La récusation doit être demandée par la partie elle-même ou par son mandataire muni d'un pouvoir spécial"(CJA, art. R. 721-3). Il s'agit d'une dérogation au principe du mandat ad litem de l'avocat, qui emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure. L'absence de production du "pouvoir spécial" par le mandataire entache ses conclusions aux fins de récusation d'irrecevabilité, celle-ci étant soulevée d'office. Il appartient toutefois au juge administratif, le cas échéant, d'inviter ce dernier à régulariser sa demande avant d'opposer une telle irrecevabilité, en application de l'article R. 612-1 du Code de justice administrative. Cette procédure est également applicable devant les juridictions ordinaires (CE, 19 oct. 2007, n° 281200, Leon c/ Conseil nat. ordre des chirurgiens : JurisData n° 2007-072603).*

172. - *Dès lors que la règle devant le Conseil d'État est celle du **ministère d'avocat** (CJA, art. R. 432-1) et qu'aucun texte ne dispense de la présentation de conclusions aux fins de récusation d'un tel ministère, celles-ci doivent être présentées par le **ministère d'un avocat au Conseil d'État** (CE, 21 juill. 1972, Paisnel : Rec. CE 1972, tables, p. 1189. - CE, ass., 14 avr. 1995, n° 159189, Bidalou). Cette solution peut surprendre dans la mesure où la demande de récusation ne constitue pas une requête distincte mais un incident de procédure ; il serait donc plus logique qu'elle suive le régime de la requête principale et soit dispensée du ministère d'avocat lorsque celle-ci bénéficie d'une telle dispense en raison de la matière concernée. Elle s'explique probablement par le souci de conférer une certaine solennité aux demandes de récusation. On notera cependant que le requérant doit être invité à régulariser sa demande, puisque le défaut d'avocat constitue une irrecevabilité susceptible d'être couverte en cours d'instance (en ce sens, CE, 31 mai 1999, n° 208399, min. Int. c/ Liste "Justice en Europe - Comité de soutien au préfet Bonnet").*

173. - *Pour ce qui est des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, il n'existe pas de jurisprudence du Conseil d'État. Deux raisonnements sont possibles. Le premier consisterait à considérer la demande de récusation comme un incident qui ne constitue que l'accessoire du litige principal ; la demande devrait alors être présentée par le ministère d'un avocat lorsque le litige relève des matières pour lesquelles ce ministère est obligatoire. Le second est celui adopté par le Conseil d'État pour les demandes de récusation visant ses membres : il consisterait à regarder la demande de récusation comme un litige distinct du litige au fond et conduirait à considérer que le ministère d'avocat n'est jamais obligatoire devant les tribunaux administratifs, puisque la récusation ne figure pas au nombre des matières pour lesquelles le Code de justice administrative exige la présentation de la requête par un avocat (CJA, art. R. 431-2) ; en revanche, le ministère d'avocat serait toujours obligatoire devant les cours administratives d'appel car la récusation ne relève pas des litiges dispensés de ministère d'avocat (CJA, art. R. 811-7).*

(**Madame Pascale FOMBEUR**, Conseiller d'Etat; **Monsieur Alexandre LALLET**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, in JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 70-11 : JUGEMENT . - Impartialité de la juridiction - Abstention et récusation, §§ 171 – 173 – pièce n°10).

.../...

Il doit, en outre, être, ici, considéré le **principe de primauté** et d'**effet direct** du droit de l'Union européenne (cf. notamment articles **5** des **directives 77/249/CEE** du 22 Mars 1977 et **98/5/CE** du 16 Février 1998 – § **II-B-1-b** de la **requête n°389902** du 30 Avril 2015, pages **59/174** à **68/174**).

Ce principe, conjugué à la **prohibition de la discrimination à rebours**, fait obligation à **tous les pouvoirs publics et autorités juridictionnelles** - spécialement les **cours suprêmes françaises** devant lesquelles est instauré le **ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** (**Cour de cassation** – article **973 CPC** ; **Conseil d'Etat** - articles **R. 432-1**, **R. 821-3** et **R. 834-3 CJA** ; **Tribunal des conflits**, article **17** du **décret du 26 Octobre 1867** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits; article **5** du **décret n°2015-233** du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles) - de laisser **inappliquées** les dispositions nationales **incompatibles** avec les **objectifs** des normes de l'Union précitées (**CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348 ; **TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chéneau et a. c/ Inaporc et a., 3828, 3829**) et faire bénéficier les **Avocats inscrits à un Barreau français** de la même faculté de **représentation des parties en justice**, à l'instar de celle que peuvent exercer les Avocats en invoquant pertinemment l'application des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE** ,

On ne peut, dans cet ordre d'idées, que s'associer au légitime grief que **Monsieur le Premier Avocat général JEOL** avait développé dans ses conclusions à l'encontre du refus de commission d'office annulé par l'**Assemblée Plénière** de la **Cour de Cassation** le 30 Juin 1995 (**Aff. BELHOMME** n°94-20.302) :

« (...) *les prérogatives reconnues aux avocats aux Conseils sont certainement utilisées à 'contre emploi' lorsqu'au lieu de faciliter l'accès à la justice, elles l'interdisent ou le gênent.* »

Comme on le voit, la question de l'**identité professionnelle de l'Avocat** ne concerne pas seulement chacun des membres du **Barreau**, mais au-delà, l'ensemble des **justiciables** en droit de **savoir par qui ils vont être défendus et comment**.

Cette problématique, comme susdit, se pose avec une **acuité particulière** devant les **Cours Suprêmes françaises** (notamment la **Cour de cassation**, le **Conseil d'Etat** et le **Tribunal des conflits**) dont le **règlement** - et **non pas la loi** – a prétendu **limiter l'accès** en instaurant un **ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** (**Cour de cassation** – art. **973** du Code de procédure civile (**CPC**) ; **Conseil d'Etat** - articles **R. 432-1**, **R. 821-3** et **R. 834-3** du Code de justice administrative (**CJA**) ; **Tribunal des conflits**, article **17** du **décret du 26 Octobre 1867** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits et article **5** du **décret n°2015-233** du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles), spécialement sous l'angle de l'application du **droit de l'Union européenne** et plus précisément :

1°) de la **directive 77/249/CEE** du Conseil du 22 Mars 1977 tendant à **faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats** (**JOUE L 78** du 26 Mars 1977, p. 17) ;

2°) de la **directive 98/5/CE** du 16 Février 1998 du **Parlement européen et du Conseil** visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (JOUE L 77 du 14.03.1998, p. 36).

Il résulte de ce qui précède que le raisonnement de l'Avocat de l'Union suivra l'alternative à deux branches suivante :

- Soit, les **Avocats aux Conseils**, eu égard notamment à leur statut d'**officier ministériel** et leur **organisation fermée (théorie de l'apparence)** ne peuvent pas, aux fins de la **directive 98/5/CE**, - dont l'article 5 § 3 **second alinéa n'a ni pour objet ni pour effet de déroger au principe énoncé à son article 2** - être considérés comme des **Avocats** et la France sera réputée, dans cette hypothèse, avoir fait le **choix normatif de ne pas réserver le monopole de représentation devant les cours suprêmes à des avocats spécialisés**, le prétoire des juridictions nationales étant ouvert à **tous les Avocats notamment ceux qui exercent de façon permanente sous leur titre d'origine**, quelles que soient leurs éventuelles mentions de spécialisation.

Il est évident, dans ce cas de figure, que le **principe d'égalité (prohibition de la discrimination à rebours)** qui exige du juge national qu'il procure aux Avocats inscrits à un Barreau français les mêmes droits que ceux que l'Avocat exerçant à titre permanent sous son titre d'origine tire du droit de l'Union (**CJUE, Cinquième Chambre, 21 Février 2013, Ministero per i beni e le attività culturali e.a. c/ Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia e.a.**, C-111/12 et, déjà, dans le même sens : **CJUE 05 Décembre 2000, GUIMONT**, C-448/98, point 23; **CJUE, Sixième Chambre, 05 Mars 2002, REISCH**, C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, point 26; **CJUE, Deuxième Chambre, Ord. 17 Février 2005, MAURI**, C-250/03, point 21; **CJUE, Troisième Chambre, 30 Mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl**, point 29; **CJUE Grande Chambre, 05 Décembre 2006, Federico CIPOLLA**, C-94/04 et C-202/04, point 30; **CJUE Grande Chambre, 1er Juin 2010, José Manuel BLANCO PEREZ et Maria del Pilar CHA GOMEZ**, C-570/07 et C-571/07, point 39; **CJUE, Troisième Chambre 21 Juin 2012, Marja-Liisa SUSISALO e.a.**, C-84/11, point 20; et *a contrario* **CJUE, Première Chambre, 1er Juillet 2010, Emanuela SBARIGIA**, C-393/08, point 23; **CJUE, Première Chambre 22 Décembre 2010, OMALET NV**, C-245/09, point 15), doit conduire chacune des **Cours suprêmes françaises** à recevoir des procédures à elle présentées sous le ministère d'un **Avocat**, alors même que les textes réglementaires susmentionnés réservent l'accès au **juge de cassation** aux seuls **Avocats aux Conseils** (v. à cet égard, la **Déclaration solennelle** en date du 11 Septembre 2014 de **représentation et d'assistance en justice et d'inopposabilité à l'Avocat du ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** - articles 5 des **directives 77/249/CEE** du 22 Mars 1977 et **98/5/CE** du 16 Février 1998 - adressée par **Maître Philippe KRIKORIAN** à chacune des Cours suprêmes françaises - *pièce n°9* - produite le 11 Octobre 2014 devant le **Tribunal administratif de Paris – N°1422561/6-1**).

- Soit, prenant en compte la **tradition** – qui ne peut, cependant, aller contre la **Raison universelle** (le **Droit**, comme l'appelle justement **PORTALIS**) - ou des considérations d'ordre **sociologique**, les **Avocats aux Conseils** sont admis, aux fins de la **directive 98/5/CE**, si la **Cour de justice de l'Union européenne le dit pour droit** – ce qu'à ce jour elle n'a pas fait – eu égard à leurs fonctions de **représentation et d'assistance en justice**, à condition de **renoncer** à leur **organisation**, à leur **fonctionnement** et à leur **titre** d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, à se prévaloir du titre d' « **Avocat** », seul reconnu, pour la France, par son article **1er**, et, dans cette hypothèse, tous les textes nationaux dans lesquels sont mentionnées les expressions « **avocat(s) au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** », ou « **avocat(s) au Conseil d'Etat** », ou « **avocat(s) aux Conseils** » doivent, aux fins des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE** dont l'application ne saurait être paralysée ni gênée par des dispositions de droit interne qui leur sont contraires, être lus « **avocat(s)** », sans attendre une modification des dispositions législatives ou réglementaires les utilisant ou y faisant référence.

Dans les deux cas, que les **Avocats aux Conseils** puissent ou non, au sens et pour l'application de la **directive 98/5/CE**, être assimilés à des **Avocats**, la France ne pouvait pas **laisser subsister des dispositions réglementaires** ni continuer de faire application de **règles nationales écrites ou non écrites, incompatibles avec l'objectif défini par la directive 98/5/CE, savoir faciliter l'exercice à titre permanent de la profession d'Avocat sous le titre d'origine et, au-delà, permettre l'accès à la profession d'Avocat de l'Etat membre d'accueil** (**CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348 ; **TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chéneau et a. c/ Inaporc et a.**, 3828, 3829).

Il en résulte, en toute hypothèse, que les dispositions réglementaires précitées (article **973** CPC ; articles **R. 432-1, R. 821-3** et **R. 834-3** CJA; article **17** du **décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits et, aujourd'hui, article **5** du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles), en tant qu'elles réservent indûment aux **Avocats aux Conseils** le **monopole de la représentation des parties devant les Cours Suprêmes françaises** sont **incompatibles avec l'objectif** susmentionné de la **directive 98/5/CE** et doivent, partant, - sauf à pouvoir recevoir une **interprétation conforme** au droit de l'Union - être **écartées** par les Hautes juridictions toutes les fois qu'elles en seront requises par l'Avocat représentant une partie et réclamant à bon droit le bénéfice des **normes de l'Union** susvisées (v. la **déclaration solennelle** que **Maître KRIKORIAN** a invité chaque Avocat souhaitant exercer à plein sa **mission constitutionnelle de défense**, à adresser aux Chefs des Cours suprêmes françaises – *pièce n°9*).

En tout état de cause, **l'Avocat ne doit pas être empêché d'accéder au prétoire de cassation.**

C'est la conséquence logique qu'on tire, sous l'angle de la **réciprocité**, de l'application que la **CJUE** elle-même fait de son **Statut** et de son **Règlement de procédure**.

Aux termes de l'article **19 §§ 3 et 4** du **Statut de la Cour de justice de l'Union européenne (Protocole n°3 annexé au TUE et au TFUE)** :

« (...)

*Les autres parties doivent être **représentées** par un **avocat**.*

*Seul un **avocat** habilité à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen peut **représenter** ou **assister** une partie devant la Cour.*

(...) »

De même, l'article **44** (Qualité des représentants des parties) du **Règlement de procédure** de la CJUE du 25 Septembre 2012 dispose :

« 1. Pour bénéficier des privilèges, immunités et facilités mentionnés à l'article précédent, justifient préalablement de leur qualité :

(...)

*b) les **avocats**, par un document de légitimation certifiant qu'ils sont habilités à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord EEE et, lorsque la partie qu'ils représentent est une personne morale de droit privé, par un mandat délivré par cette dernière ;*

(...) »

Ainsi, les parties autres que les Etats membres de l'Union européenne et les Etats parties à l'Accord sur l'Espace Economique Européen (EEE) doivent être représentées par un **Avocat**, au sens et pour l'application de la **directive 77/249/CEE** et de la **directive 98/5/CE**, qui ne reconnaissent, en ce qui concerne la **France**, que le titre d' « **avocat** » (article **1er**).

Nul autre texte ne mentionne les **Avocats aux Conseils** comme représentants des parties devant la CJUE.

Ces textes n'empêchent pas, pour autant, la CJUE d'admettre les Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation comme représentants des parties (v. notamment **CJUE, Deuxième Chambre, 30 Mai 2013, Jeremy F. c ; Premier ministre**, n°C-168/13 PPU, instance au cours de laquelle Monsieur Jeremy F. était représenté par **Maître Claire WAQUET**, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, que la Cour de Luxembourg qualifie d' « **avocate** »).

Il est, ainsi, établi qu'aux yeux de la **Cour de Luxembourg** dont l'application qu'elle fait des normes européennes à l'occasion du jugement d'une affaire de sa compétence (notamment question préjudicielle) lui est **pleinement opposable**, ainsi qu'aux Etats membres, aux fins des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE**, **Avocats** et **Avocats aux Conseils** **doivent être considérés comme équivalents dans leur mission de représentation en justice**.

On en déduit immédiatement que les **prérogatives de défense** dont jouissent les Avocats aux Conseils, sous le titre d'**Avocat**, au sens et pour l'application des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE**, doivent être reconnues aux **Avocats** inscrits à un Barreau de l'Union européenne.

.../...

C'est bien dire que, dans cette logique, tous les textes nationaux dans lesquels sont mentionnées les expressions « *avocat(s) au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* », ou « *avocat(s) au Conseil d'Etat* », ou « *avocat(s) aux Conseils* » doivent être lus « *avocat(s)* ».

*

Il est patent, au vu des considérations qui précèdent, qu'un Avocat désireux d'exercer à **titre permanent en France et représenter les parties devant les cours suprêmes** (Cour de cassation, Conseil d'Etat et Tribunal des conflits) **ne pourra pas solliciter son inscription à un Barreau spécialisé**, au seul vu de l'**attestation** délivrée par l'autorité de l'Etat membre d'origine dès lors :

- d'une part, que l'**Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ne constitue pas un Barreau spécialisé d'Avocats**, mais une **corporation d'officiers ministériels** investis par le Garde des Sceaux, ministre de la justice;

- de deuxième part, que la décision d'admettre l'Avocat aux Conseils candidat **ne dépend pas de l'Ordre** qui ne rend qu'un **avis motivé** en vue de la nomination, laquelle relève **discrétionnairement du Garde des Sceaux, ministre de la justice**;

- de troisième part, que l'éventuelle nomination par le Garde des Sceaux, ministre de la justice, dans un office d'Avocat aux Conseils, **fait perdre ipso facto la qualité d'Avocat** inscrit à un Barreau français.

Le **choix cornélien** offert à l'Avocat souhaitant exercer en France sous son titre d'origine est le suivant :

- ou bien, accéder à la profession d'Avocat aux Conseils, avec l'agrément du Garde des Sceaux, ministre de la justice, mais **renoncer à l'inscription à un Barreau français**;

- ou bien, renoncer à devenir Avocat aux Conseils et à représenter les parties devant les cours suprêmes.

Ce **choix du Diable** (« *double bind* » ou « *dead end* », disent **nos amis anglo-saxons**), que le droit positif français impose de façon **incohérente** à l'Avocat est **contraire au droit de l'Union européenne**. Il n'est pas inutile, à ce titre, de rappeler que la **Cour de cassation** reconnaît, aujourd'hui, le **principe de cohérence**, selon lequel **nul ne peut se contredire au détriment d'autrui** (**Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841 ; **Cass. Com. 20 Septembre 2011**, n°10-22.888, RTD civ. Octobre-Décembre 2011, p. 760).

Les textes réglementaires sont, partant, **incompatibles** avec la **directive 98/5/CE** en tant qu'en obligeant les parties à **constituer Avocat aux Conseils**, ils font illicitement obstacle à la représentation et à la défense de clients par l'Avocat inscrit à un Barreau français.

.../...

Ces textes doivent, dès lors, - sauf à être **interprétés** comme ne faisant pas entrave à la représentation par Avocat devant les cours suprêmes - être **écartés en leur application** dans tous les cas où un Avocat inscrit à un Barreau français sera **mandaté** pour saisir une juridiction suprême devant laquelle il **représentera** ses clients, dans les mêmes conditions que celles applicables à un Avocat aux Conseils.

Comme on le voit, l'application du droit de l'Union et, en particulier, de la **directive 98/5/CE** a pour conséquence de **généraliser la concurrence** dans la représentation des parties en justice, entre la profession d'Avocat et celle d'Avocat aux Conseils, concurrence qui n'existe, à ce jour, que devant les **tribunaux administratifs** (article **R. 431-2** du Code de justice administrative - CJA) et les **cours administratives d'appel** (article **R. 431-11** CJA).

Une telle **concurrence** ne pourra être supprimée – dès lors qu'elle est jugée **nocive aux consommateurs de droit** - que le jour où, à l'instar des anciens avoués de première instance, des anciens conseils juridiques et des anciens avoués d'appel, les **avocats aux Conseils**, quittant leurs **oripeaux d'Ancien Régime**, auront revêtu la **Robe, commune à tous les défenseurs** et, ainsi, pleinement intégré la **profession d'Avocat** au sein du « **Grand Barreau de France - GBF** » que Maître **KRIKORIAN** appelle de ses vœux.

L'**occasion historique** serait, ainsi, donnée à la France d'**élargir le champ d'action** de l'Avocat en lui conférant une **compétence nationale** (**postulation universelle**) qu'il tirerait de **plein droit de l'inscription à son Barreau d'origine**, sur le modèle du **système scandinave**.

Serait, de la sorte, supprimée l'**incongruité manifeste** sus-dénoncée qui résulte des textes en vigueur, lesquels créent artificiellement une **solution de continuité nuisible à la stratégie de défense** que définissent ensemble l'Avocat et son client.

Une chose, en tous cas, est certaine : l'Avocat est la **condition nécessaire et suffisante de la défense** dans une **Société démocratique**, telle que l'est et doit le demeurer la France, **sans aucune nécessité** d'y ajouter d'**intermédiaires inutiles** (**théorie du rasoir d'OCKHAM**).

De même que les **privilegiés**, selon **Sieyès**, auteur du célèbre « *Qu'est-ce que le Tiers état ?* », « *qui en tant qu'ordres, n'appartiennent pas à la Nation, seront libres d'y rentrer 'en se purgeant de leurs injustes privilèges'* » (**Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers état ?**, préface de **Jean-Denis Bredin**, Flammarion, Champs classiques 1988, p. 18), de même, les **Avocats aux Conseils** ne pourront pas participer à l'aventure du **GRAND BARREAU DE FRANCE** d'essence **démocratique**, sans renoncer à leur **organisation**, à leur **fonctionnement** et à leur **titre d'Ancien Régime**.

*

Ainsi, dans l'hypothèse où les articles **R. 432-1** et **R. 432-2** CJA seraient interprétés, dans l'ordre interne, comme faisant obligation aux parties de présenter une **requête en récusation** devant le **Conseil d'Etat** sous le **ministère d'un Avocat aux Conseils**, ces textes devraient, à la lumière du **droit de l'Union européenne**, - spécialement **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE** - être lus comme permettant à celles-ci d'y être représentées par un **Avocat** en toutes circonstances.

*

.../...

II-B-2/ LE PROCES EQUITABLE, CADRE INTANGIBLE DE L'EXERCICE DES POUVOIRS JURIDICTIONNELS

En l'occurrence, même si **l'intégrité morale** de **Madame Isabelle de SILVA** ne peut, en aucune façon, être suspectée, il n'en demeure pas moins que cet **éminent magistrat** ne présente pas, au vu des éléments objectifs du dossier, les **garanties d'impartialité** nécessaires au jugement de la **requête n°389902** dont est saisi le **Conseil d'Etat** depuis le 30 Avril 2015.

Il est constant, en effet, que par sa **lettre** du 02 Juin 2015, **Madame Isabelle de SILVA** a pris une **position publique** quant à l'orientation du dossier, pendant son instruction.

D'une part, **Madame de SILVA** n'avait pas le pouvoir légal de **soulever d'office seule**, aux lieu et place de la Sixième Sous-section, le moyen tiré de la **prétendue incompétence du Conseil d'Etat** pour connaître de la requête de **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et autres (II-B-2-a)**.

De deuxième part, le pouvoir reconnu au juge de **relever d'office un moyen** au motif qu'il est **d'ordre public** doit être **effectivement contrebalancé** par de **solides garanties** que l'auteur de cette **initiative procédurale** conserve son **entière impartialité**, ces garanties étant, en l'occurrence, inexistantes (**II-B-2-b**).

De troisième part, le **droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**, de nature constitutionnelle et supra-nationale s'oppose, quand, comme en l'espèce, les questions portent, d'une part, sur la conformité au droit de l'Union du **monopole de représentation en justice** octroyé par la réglementation française en vigueur aux Avocats aux Conseils et, d'autre part, sur la **compétence de la juridiction administrative**, à ce qu'il soit soulevé d'office un moyen d'ordre public tiré de la **prétendue irrecevabilité** de la requête dont est saisi au fond le **Conseil d'Etat (II-B-2-c)**.

II-B-2-a/ AU CONSEIL D'ETAT, L'AVERTISSEMENT DE L'ARTICLE R. 611-7 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE NE PEUT ETRE DELIVRE QUE PAR UNE COLLEGIALITE DE MAGISTRATS

L'article **R. 611-7, alinéa 1er** du Code de justice administrative (CJA) est sans ambiguïté, à cet égard :

*« Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un **moyen relevé d'office**, le président de la formation de jugement ou, **au Conseil d'Etat, la sous-section chargée de l'instruction** en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué. »*

C'est dire que seul un **magistrat ou, au Conseil d'Etat, une collégialité de magistrats** peut délivrer l'avertissement de l'article **R. 611-7** CJA, ce que confirme la Doctrine autorisée :

*« (...) L'identité de la personne qui délivre l'avertissement mentionné à l'article R. 611-7 est relativement peu importante, **pourvu évidemment que ce dernier émane d'un magistrat (cour ou tribunal) ou d'une collégialité de magistrats (Conseil d'Etat)**. (...) » (Code de justice administrative, par **Daniel CHABANOL**, Editions Le Moniteur, 4^o éd. 2010 p. 631).*

Au **Conseil d'Etat**, le Président de la Sous-section chargée de l'instruction ne peut donc pas **seul** soulever d'office un moyen d'ordre public, contrairement à l'exercice des pouvoirs que lui reconnaissent les articles **R. 122-12** et **R. 611-8** CJA.

L'avis de l'article **R. 611-7** CJA ne peut, partant, être délivré aux parties que par la **Sous-section** chargée de l'instruction et non pas par son seul Président.

L'**avis** en date du 02 Juin 2015 émane donc d'une autorité qui n'avait pas le pouvoir de le donner et doit, en conséquence, être tenu pour **nul et non avenu**.

II-B-2-b/ LE POUVOIR DE RELEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC NE PEUT CONSTITUTIONNELLEMENT S'EXERCER QUE SOUS RESERVE DE L'EXIGENCE ABSOLUE D'IMPARTIALITE DU JUGE

La **garantie des droits** (article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789** – art. **16 DDH**) commande que le pouvoir réglementairement reconnu au juge de **relever d'office un moyen**, au motif qu'il est **d'ordre public** (article **R. 611-7 CJA**), doit être **effectivement contrebalancé** par de **solides garanties** que l'auteur de cette **initiative procédurale** conserve son **entière impartialité**, ces garanties étant, en l'occurrence, **inexistantes**.

C'est en ce sens que s'est prononcé, il y a trente mois, le **Conseil constitutionnel** à propos de la **saisine d'office** des juridictions consulaires que permettait, jusqu'à peu, l'article **L. 631-5** du Code de commerce, avant d'être **abrogé** :

« (...) 4. *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ; que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité ;*

5. *Considérant que la procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé, qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements ; que cette procédure est destinée à permettre la poursuite de l'activité du débiteur, le maintien de l'emploi dans l'entreprise et l'apurement du passif ;*

6. *Considérant que les dispositions contestées confient au tribunal la faculté de se saisir d'office aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, à l'exception du cas où, en application des articles L. 611-4 et suivants du code de commerce, une procédure de conciliation entre le débiteur et ses créanciers est en cours ; que ces dispositions permettent que, lorsque les conditions de son ouverture paraissent réunies, une procédure de redressement judiciaire ne soit pas retardée afin d'éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise ; que, par suite, le législateur a poursuivi un motif d'intérêt général ;*

7. *Considérant, toutefois, que ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition ne fixent les garanties légales ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés au débat par les parties ; que, par suite, les dispositions contestées confiant au tribunal la faculté de se saisir d'office aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; que, dès lors, les mots «se saisir d'office ou » figurant au premier alinéa de l'article L. 631-5 du code de commerce doivent être déclarés contraires à la Constitution ;*

8. *Considérant que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à tous les jugements d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire rendus postérieurement à cette date,*

DÉCIDE:

Article 1er.– Au premier alinéa de l'article L. 631-5 du code de commerce, les mots : « se saisir d'office ou » sont contraires à la Constitution.

Article 2.– La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet à compter de la publication de la présente décision dans les conditions fixées par son considérant 8.

Article 3.– La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 6 décembre 2012, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL, Nicolas SARKOZY et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 7 décembre 2012.

(CC, Décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012 - Société Pyrénées services et autres).

Or, le pouvoir que le **Conseil d'Etat** se reconnaît, de façon purement prétorienne, ainsi qu'aux autres juridictions administratives, de **relever d'office un moyen qu'il qualifie d'ordre public** n'est assorti, ni dans l'article **R. 611-7**, ni dans aucun autre texte, des **garanties légales assurant que, ce faisant, le juge « ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés au débat par les parties ; »**.

On doit rappeler, dans cet ordre d'idées, ainsi que le juge la **Cour européenne des droits de l'homme**, à propos de l'**impartialité du juge**, savoir son indépendance à l'égard des parties :

.../...

« (...) »

C. L'appréciation de la Cour

1. Principes généraux

73. La Cour rappelle que **l'impartialité** se définit d'ordinaire par **l'absence de préjugé** ou de **parti pris** et peut s'apprécier de diverses manières. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une **démarche subjective**, en tenant compte de la **conviction personnelle** et du **comportement du juge**, c'est-à-dire en recherchant si celui-ci a fait preuve de **parti pris** ou **préjugé personnel** dans le cas d'espèce, ainsi que selon une **démarche objective** consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des **garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité** (voir, par exemple, *Kyprianou c. Chypre* [GC], no 73797/01, § 118, CEDH 2005-XIII, et *Micallef c. Malte* [GC], no 17056/06, § 93, CEDH 2009).

74. Pour ce qui est de la **démarche subjective**, le principe selon lequel un tribunal doit être présumé exempt de préjugé ou de partialité est depuis longtemps établi dans la jurisprudence de la Cour (*Kyprianou*, précité, § 119, et *Micallef*, précité, § 94). L'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (*Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, § 47, série A no 154). Quant au type de preuve exigé, la Cour s'est par exemple efforcée de vérifier si un juge avait fait montre d'hostilité ou de malveillance pour des raisons personnelles (*De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, § 25, série A no 86).

75. Dans la très grande majorité des affaires soulevant des questions relatives à l'impartialité, la Cour a eu recours à la **démarche objective** (*Micallef*, précité, § 95). La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un **observateur extérieur**, entraîner des **doutes objectivement justifiés** quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa **conviction personnelle** (démarche subjective) (*Kyprianou*, précité, § 119). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la **présomption d'impartialité subjective du juge**, la **condition d'impartialité objective** fournit une garantie importante supplémentaire (*Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, § 32, Recueil des arrêts et décisions 1996-III).

76. Pour ce qui est de l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, **certaines faits vérifiables** autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Il en résulte que, pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une **raison légitime** de redouter d'un **juge** ou d'une **juridiction collégiale** un défaut d'impartialité, l'optique de la personne concernée entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les **appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées** (*Micallef*, précité, § 96).

.../...

77. L'appréciation objective porte essentiellement sur les **liens hiérarchiques ou autres entre le juge et d'autres acteurs de la procédure** (Micallef, précité, § 97). Il faut en conséquence décider dans chaque cas d'espèce si la nature et le degré du lien en question sont tels qu'ils dénotent un manque d'impartialité de la part du tribunal (Pullar, précité, § 38).

78. En la matière, **même les apparences peuvent revêtir de l'importance** ou, comme le dit un adage anglais, « **justice must not only be done, it must also be seen to be done** » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous) (De Cubber, précité, § 26). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. Tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit donc se déporter (Castillo Algar c. Espagne, 28 octobre 1998, § 45, Recueil 1998-VIII, et Micallef, précité, § 98).

(...)

(CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE, n°29369/10).

« (...) 46. Aux fins de l'article **6 par. 1** (art. 6-1), l'**impartialité** doit s'apprécier selon une démarche **subjective**, essayant de déterminer la **conviction personnelle de tel juge** en telle occasion, et aussi selon une démarche **objective** amenant à s'assurer qu'il offrait des **garanties suffisantes** pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, entre autres, l'arrêt De Cubber du 26 octobre 1984, série A n°86, pp. 13-14, par. 24).

47. Quant à la première, ni devant la Commission ni devant la Cour le requérant n'a taxé de parti pris les juges concernés. Au demeurant, l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à la preuve du contraire, non fournie en l'espèce.

Reste donc l'appréciation **objective**.

48. Elle consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, **certaines faits vérifiables** autorisent à **suspecter l'impartialité** de ce dernier. En la matière, **même les apparences peuvent revêtir de l'importance**. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus. Doit donc **se récuser** tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité (voir, mutatis mutandis, l'arrêt De Cubber précité, série A n°86, p. 14, par. 26).

Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif (arrêt Piersack du 1^{er} octobre 1982, série A n°53, p. 16, par. 31). L'élément déterminant consiste à savoir si les **appréhensions** de l'intéressé peuvent passer pour **objectivement justifiées**. »

(CEDH Hauschildt c/ Danemark du 24 Mai 1989, série A, n°154; v. également CEDH Ferrantelli et Santangelo c/ Italie du 7 Août 1996; De Haan c/ Pays-Bas du 26 Août 1997; Rojas Morales c. Italie du 16 Novembre 2000; Perote Pellon c. Espagne du 25 Juillet 2002; Lavents c. Lettonie du 28 Novembre 2002; Mancel et Braquart c. France, 24 Juin 2010, n°22349/06).

.../...

Deux observations, ici, s'imposent :

1°) Il aurait pu être prévu par le texte, aux fins d'assurer la **garantie d'impartialité**, que le magistrat ayant soulevé d'office le moyen d'ordre public **ne participe pas au jugement au fond** de l'affaire, à l'instar du **Rapporteur public** dont le Code de justice administrative prévoit désormais qu'il **n'assiste plus au délibéré** (art. **R. 732-2** CJA pour les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) ou n'y assiste qu'en l'absence d'opposition d'une partie (art. **R. 733-3** CJA devant le Conseil d'Etat).

Il est, d'ailleurs, traditionnel, en **procédure pénale**, que le **juge d'instruction** « *ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction.* » (article **49, alinéa 2** du Code de procédure pénale).

2°) De même, est-il permis de s'interroger sur la **prétendue nécessité de soulever d'office** un moyen que **le juge qualifie d'ordre public**.

En effet, le caractère d'**ordre public** s'attache à toute « *Norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions (C. civ., a. 6); norme directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle); intérêt supérieur hors d'atteinte des volontés particulières contraires; limite à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elle protège contre les abus de la liberté. (...)* »

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige Janvier 2014, v° **ORDRE PUBLIC**, p. 718).

Le **défaut de droit d'agir** n'est pas, à titre de comparaison, toujours considéré, en procédure civile, comme d'ordre public, comme le révèle la lecture des articles **122** et **125** combinés du Code de procédure civile (**CPC**) :

Article **122** du Code de procédure civile (**CPC**) :

« *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.* »

Article **125** du **CPC** :

« *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.*

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. »

.../...

Ainsi, le **défaut d'intérêt** ou le **défaut de qualité** n'est pas, au sens et pour l'application de l'article 125 CPC, **d'ordre public**. Le juge n'a pas **l'obligation**, mais seulement, la **faculté** de relever d'office ce moyen.

Il convient de rappeler, à cet égard, la signification et la portée de la notion d'**intérêt à agir**, telle qu'elle est définie en doctrine, au vu de la jurisprudence du **Conseil d'Etat**.

L'**intérêt pour agir** est défini, en doctrine, comme « *l'utilité que présente pour le requérant la solution du litige qu'il demande au juge d'adopter. (...)* » (**Gilles PELISSIER**, Docteur en droit, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Recours pour excès de pouvoir – conditions de recevabilité — Janvier 2010, mise à jour Octobre 2014, § 249, p. 29).

Doit être présent à l'esprit le principe selon lequel le juge administratif – spécialement le **Conseil d'Etat** - est plus le **gardien de la légalité** des actes de l'Administration que le **censeur des recours** qui lui sont adressés.

Précisément, quant au **recours pour excès de pouvoir** – « *recours d'utilité publique* », selon l'heureuse expression du **Professeur René CHAPUS** (Droit du contentieux administratif, Montchrestien, Lextenso Editions, 13^e éd. 2008, § 251, p. 230) dont l'objet « *est la sauvegarde de la légalité* » (ibid.) - on sait, classiquement, qu'il « *est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ;* » (**CE, Ass. 17 Février 1950, Ministre de l'Agriculture c. Dame LAMOTTE**, Rec. 110).

Compte tenu de la **finalité** du **recours pour excès de pouvoir**, sa recevabilité doit logiquement s'apprécier avec un **certain libéralisme**, sans quoi serait méconnue l'obligation que l'Etat a contractée (**contrat social**) d'assurer à chaque justiciable une **protection juridictionnelle effective**.

On ne voit pas, dans ces conditions, en quoi **l'utilité pour le requérant** de la solution que le **recours pour excès de pouvoir** doit lui procurer relèverait de l'ordre public.

Cette **utilité subjective** du recours doit être soumise au **débat contradictoire** des parties, que le juge aura la mission d'organiser, avant de **trancher**, le cas échéant, la **contestation** qui pourrait en surgir.

Or, en affirmant **péremptoirement** – de façon **apodictique** dirait-on en **langage kantien** – que la décision à intervenir est susceptible d'être fondée sur un **moyen relevé d'office** (« *la décision qui sera prise dans cette affaire est susceptible d'être fondée sur un moyen qui ne figure pas dans les mémoires et qui, étant d'ordre public, doit être relevé d'office par le juge ; ce moyen est tiré du défaut d'intérêt pour agir des requérants. (...)* »), le juge déchire de façon prématurée le **voile aléthique** (l'enveloppe de la virginité du jugement), se déplace et sort lui-même de son rôle d'**arbitre** pour devenir une **troisième partie** au litige, allié objectif d'un des colitigants.

L'initiative prise par le juge est le résultat, dans tous les cas, d'une **prise de position officielle** sur une question généralement de droit ayant une incidence sur l'issue du litige, **au détriment d'une partie**.

L'ordre chronologique du **raisonnement** doit être recomposé de la façon suivante : ce n'est que parce qu'il estime, **subjectivement**, en **son for intérieur**, que le requérant n'a pas intérêt à agir – ce qu'**aucune norme générale et extérieure à son entendement** n'autorise ni n'impose -, que le juge va relever d'office le moyen qu'il considère comme d'ordre public.

En termes plus communs, on pourrait dire que **le juge pense à haute voix** et estime nécessaire de révéler aux parties sa **conviction intime** sur telle question de droit.

La qualification d'**ordre public** donnée au moyen, entraînant l'application de l'article **R. 611-7** CJA, procède, en tout état de cause, d'un **préjugement** qu'**aucun universalisme** ne justifie. L'**initiative personnelle** du juge pourra n'être partagée par **aucun autre juge**.

En outre, le **degré de probabilité (éventualité)** et donc **d'incertitude** qu'introduit dans la discussion juridique le terme « *susceptible* », employé par le texte précité, n'est en rien déterminé. Rien ne permet de dire, à ce stade du procès, si le juge est **peu, moyennement** ou **très fortement convaincu** de la thèse officielle qu'il émet.

La partie à qui est opposé ce moyen de droit est, partant, dans l'impossibilité d'y répondre efficacement.

Dans ces conditions, le système juridique qui prévaut dans la jurisprudence du **Conseil d'Etat** et dans les textes réglementaires en vigueur pose une **question sérieuse** au regard de l'**impartialité** du juge administratif qui soulève un moyen d'office présenté comme étant d'ordre public.

Le justiciable ne peut, en effet, qu'être **sérieusement impressionné** par l'initiative prise par le juge qui, si elle tend au prononcé d'une décision défavorable pour celui-là, ferait de celui-ci un **adversaire** et **non plus un arbitre impartial**.

Or, les **apparences**, surtout si elles ne sont pas démenties par des éléments susceptibles d'un débat contradictoire, ne peuvent que fortement inciter à penser que **le juge ne changera pas d'avis nonobstant les observations qui lui seront présentées par les parties** et que, donc, en réalité, **sa décision sur le fond de l'affaire est déjà irrévocablement prise au moment où il soulève d'office le moyen**.

Il est, à observer que, précisément, l'initiative du moyen relevé d'office n'a pas été prise par les parties, mais par le juge qui, dès lors, ne s'estime en rien lié par les moyens et arguments subséquents qui lui seront, le cas échéant, présentés pour tenter de lui faire abandonner son moyen.

Une telle pratique, si elle était consacrée par un **texte législatif**, ne manquerait pas, dès lors, d'être contestée en sa **constitutionnalité**, notamment par la voie de la **QPC**, au regard de l'article **16 DDH** garantissant aux justiciables le **droit à un recours juridictionnel effectif** et à un **juge impartial**.

Il appartient, en conséquence, au législateur, s'il entend maintenir au juge le pouvoir de relever d'office des moyens d'ordre public, de prévoir les **garanties légales** propres à conserver au juge son **intégrale impartialité** dans toute l'étendue de ses pouvoirs juridictionnels.

L'absence, à ce jour, d'un tel dispositif législatif incite, ainsi, à **la plus grande prudence, au regard de l'article 16 DDH**, dans l'application de l'article **R. 611-7 CJA**, dès lors que le respect du principe du contradictoire – qui inspire ce texte – n'a de sens que si le juge qui l'organise conserve son impartialité.

En d'autres termes, le principe du contradictoire – condition nécessaire, mais non suffisante du procès équitable – ne saurait être utilisé à des fins contraires à l'exigence absolue d'impartialité du juge qu'imposent les articles 16 DDH, 6 § 1 CEDH et 14 § 1 PIDCP.

Les requérants formulent, ici, les plus expresses réserves quant à l'application, en l'espèce, de l'article **R. 611-7 CJA** qui annonce une décision qui leur serait défavorable, avant que celle-ci soit formellement prononcée.

Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN, ainsi que les dix autres requérants ont, dans leur requête introductive d'instance du 30 Avril 2015, justifié, à suffisance de moyens, de leur intérêt à agir contre le décret n°2015-233 du 27 Février 2015 (§ II-B-1-b, pages 17/174 à 68/174 : II-B-1-b/ LE DECRET N°2015-233 DU 27 FEVRIER 2015 PREJUDICIE AUX INTERETS PROFESSIONNELS DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN, AVOCAT INSCRIT AU BARREAU DE MARSEILLE, AINSI QU'AUX INTERETS PATRIMONIAUX ET EXTRA-PATRIMONIAUX DES AUTRES REQUERANTS QUI, DONC, ONT BIEN TOUS INTERET ET QUALITE A AGIR).

Aucune autre circonstance de fait ou de droit n'est, dès lors, susceptible d'être invoquée par les requérants – sous réserve de leur faculté d'explicitement les moyens présentés le 30 Avril 2015 - pour faire infléchir la position de la Présidente de la sixième sous-section du Conseil d'Etat quant à l'appréciation négative de leur intérêt à agir.

SUR L'INTERET A AGIR DES REQUERANTS

Commet, à cet égard, sérieusement nier que les requérants, qui ont payé **8 400,00 € TTC** à l'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation dont la mission se bornait à une simple **élection de domicile** (*pièce n°5*), justifient d'un **intérêt à agir** contre le décret qui pérennise le **monopole de représentation**, notamment devant le **Tribunal des conflits**, au profit de cet officier ministériel, monopole qu'**aucune raison impérieuse d'intérêt général** ne justifie?

Quant à **Maître Philippe KRIKORIAN**, compte tenu de ce qui précède, il tire de l'**annulation** de l'article 5 du **décret** du 27 Février 2015, telle que demandée, dans la requête introductive d'instance du 30 Avril 2015, un **double avantage** à la fois **patrimonial** et **extra-patrimonial** :

- D'une part, en qualité de **justiciable**, **Maître KRIKORIAN** a eu à souffrir de cette **règle archaïque** (article 17 du **décret** du 26 Octobre 1849) imposant, à peine d'**irrecevabilité** de la requête, de recourir au ministère d'un Avocat aux Conseils (v. décision du **Tribunal des conflits** du 17 Novembre 2014, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Consorts TASHAN**, n°3968 – *pièce n°6*). Le requérant a dû, en effet, attendre **plus de huit mois** avant que sa requête fût enregistrée par le **Tribunal des conflits**, faute de représentation par Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

- D'autre part, en considération de la **concurrence déloyale** exercée par les Avocats aux Conseils au détriment des Avocats, **Maître KRIKORIAN** a un **intérêt manifeste** à ne pas voir pérenniser, par des décisions, tel le **décret** présentement attaqué ou **l'arrêté de nomination d'un concurrent** (v. procédure pendante devant le **Tribunal administratif de Paris**), le système instauré par des **textes inconstitutionnels et contraires au droit de l'Union européenne** (notamment article **91** de la **loi sur les finances du 28 Avril 1816, ordonnance du 10 Septembre 1817, décret n°91-1125 du 28 Octobre 1991** relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation).

Exerçant la profession d'**Avocat, Maître Philippe KRIKORIAN** a, dès lors, **intérêt et qualité à agir**, et est par suite **recevable** à déférer au **Conseil d'Etat** le **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** (v. **CE, Assemblée, 9 Avril 1999, Mme Toubol-Fischer, M. Bismuth**, req. N°196177: AJDA 20 Octobre 1999, p. 834: « (...) *Considérant que Mme Toubol-Fischer et M. Bismuth, avocats, justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour attaquer les dispositions de l'article 5 du décret du 27 février 1998 qui concernent les contrats ayant pour objet des services juridiques; (...)* »).

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

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

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

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

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

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

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

*

.../...

Maître KRIKORIAN justifie, dans ces conditions, d'un **intérêt** lui donnant **qualité à agir** aux fins de demander l'**annulation**, pour **excès de pouvoir**, du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015**.

Il convient de rappeler, à cet égard, la signification et la portée de la notion d'**intérêt à agir**, telle qu'elle est définie en doctrine, au vu de la jurisprudence du **Conseil d'Etat**.

L'**intérêt pour agir** est défini, en doctrine, comme « *l'utilité que présente pour le requérant la solution du litige qu'il demande au juge d'adopter. (...)* » (**Gilles PELISSIER**, Docteur en droit, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Recours pour excès de pouvoir – conditions de recevabilité — Janvier 2010, mise à jour Octobre 2014, § 249, p. 29).

Dans son **arrêt de section** du 13 Décembre 2006, **Commune d'Issy-les-Moulineaux** (n°264115) (cité par le **Garde des sceaux**, dans son **mémoire en défense au fond** du 19 Décembre 2014, page **3/3** devant le **Tribunal administratif de Paris**), si la Haute juridiction a jugé que la Commune susmentionnée « *ne justifiait pas d'un intérêt suffisamment direct de nature à lui permettre de contester l'arrêté du 21 janvier 1999 par lequel le préfet des Hauts-de-Seine a agréé l'association 'Val-de-Seine Vert' pour la protection de l'environnement* » c'est au motif que la décision attaquée « *n'a pas, par elle-même, pour effet de susciter des recours contentieux contre les décisions de la COMMUNE D'ISSY-LES-MOULINEAUX, et ne porte pas une atteinte suffisamment directe et certaine aux intérêts de la commune pour justifier son intérêt à agir;* » (page **4/5** de l'arrêt).

A contrario, si la décision litigieuse avait été de nature à provoquer des recours contre les décisions de la commune concernée, celle-ci aurait justifié d'un intérêt lui donnant qualité à agir aux fins d'en demander l'annulation.

Cette décision doit être approuvée.

Il est évident qu'une décision qui ne fait pas grief ne crée aucun intérêt à agir.

En revanche, dès lors que les conditions de vie ou d'exercice professionnel, comme en l'espèce, sont susceptibles d'être altérées par un acte de l'Administration, celui-ci détermine dans le chef de la **personne ainsi lésée** un **intérêt direct et certain** lui conférant **qualité à agir** pour obtenir la suppression des effets nuisibles.

C'est bien l'application de l'article **5** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), à **pleine valeur constitutionnelle** :

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

Ce texte, combiné avec l'article **16 DDH** consacrant la **garantie des droits** dont procède le **droit à un recours juridictionnel effectif**, commande que toute personne lésée par une décision individuelle ou à caractère général de la Puissance publique trouve une **voie de droit** apte à remédier à la situation préjudiciable.

Le **recours pour excès de pouvoir** est l'une de ces voies de droit. Ouvert, **même sans texte**, il a pour objet et pour effet, conformément aux principes généraux du droit, **d'assurer le respect de la légalité** (CE, Ass. 17 Février 1950, **Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte**, Rec. p. 110). Cette fonction – veiller à la légalité de l'action administrative – explique la nature à la fois **objective** et **d'ordre public** que présente le **recours pour excès de pouvoir** (v. **Gilles PELISSIER**, Docteur en droit, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Recours pour excès de pouvoir – conditions de recevabilité – Janvier 2010, mise à jour Octobre 2014, § 9, p. 4).

On tire de ce qui précède qu'aucun acte de la Puissance publique **faisant grief** ne saurait a priori jouir d'une **immunité juridictionnelle**, puisqu'**une personne**, au moins, est susceptible d'être atteinte par les effets de la décision litigieuse.

Pour conserver à ce principe son effectivité, on est conduit à considérer, eu égard au caractère **objectif** et **d'ordre public** du **recours pour excès de pouvoir** - que l'invocation de l'intérêt à agir ne suffit pas à évacuer - que la catégorie de justiciables susceptibles d'être lésés par un tel acte **n'est pas réduite à l'ensemble vide**.

En d'autres termes, il existe une **présomption d'existence d'une catégorie de justiciables** recevables à déférer un tel acte administratif au **contrôle de légalité**. Le requérant doit seulement justifier qu'il appartient à cette catégorie, définie par **compréhension** à l'aide de **critères objectifs et raisonnables**, et non pas prouver que ladite catégorie existe.

Or, suivre le raisonnement qui préside à la **lettre de Madame la Présidente de SILVA** en date du 02 Juin 2015 conduit à cette **solution extrême** dans laquelle **aucun justiciable** ne pourrait contester la légalité du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles**.

Outre que cette solution n'est prévue par **aucun texte**, le raisonnement qui y conduit est **manifestement erroné**, comme l'établit la jurisprudence du **Conseil d'Etat**. Qui, en effet, sinon l'**Avocat** peut **mettre en cause le monopole de représentation** dont jouissent les Avocats aux Conseils devant les cours suprêmes?

Il est, ainsi, jugé par le **Conseil d'Etat** qu'un **opérateur économique** a intérêt à demander le **maintien** d'une décision de l'Administration (Autorité de la concurrence) **défavorable** à l'un de ses **concurrents**. :

« (...) *Sur les interventions, dans l'affaire n°362347, de la société Métropole Télévision (M6) et des sociétés Télévision Française 1 (TF1), TF1 Thématiques, Eurosport France SA, Histoire, Société paneuropéenne d'édition et d'exploitation de documentaires, Société d'exploitation de documentaires et TV Breizh :*

3. *Considérant que ces sociétés ont intérêt au maintien de la décision attaquée; qu'ainsi leurs interventions sont recevables;*

(...) »

(CE, Ass., 21 Décembre 2012, n°362347, 363542, 363703)

Le **Conseil d'Etat** avait déjà jugé dans le même sens, en décidant qu'un **juriste salarié d'un Cabinet d'Avocats** « *a intérêt au maintien du décret attaqué; qu'ainsi son intervention est recevable;* » (**CE, Section, 25 Juillet 2007, Syndicat des Avocats de France, n°288720**).

*

Nulle garantie n'est, dans ces conditions, fournie aux requérants que le **Conseil d'Etat** a, en délivrant l'avis de l'article **R. 611-7 CJA**, conservé son **impartialité**.

En effet, d'une part, les termes de la **lettre** en date du 02 Juin 2015 signée par **Madame de SILVA** permettent de se convaincre du **préjugement** et, partant, de la **partialité manifeste** de son auteur, au détriment du requérant.

Ainsi s'exprime la Présidente de la Sixième Sous-section du Conseil d'Etat :

« la décision qui sera prise dans cette affaire est susceptible d'être fondée sur un moyen qui ne figure pas dans les mémoires et qui, étant d'ordre public, doit être relevé d'office par le juge ; ce moyen est tiré du défaut d'intérêt pour agir des requérants. (...) ».

Il est à noter que le moyen susceptible de fonder le **rejet de la requête** est conjugué au **présent de l'indicatif** (« *ce moyen est tiré (...)* » ce qui témoigne de la **très forte probabilité** que ce moyen fonde effectivement la future décision du Haut Conseil.

On en arrive à la conclusion que le moyen soulevé d'office par le Conseil d'Etat **épuise totalement le débat juridique** et ne laisse subsister **aucune question contentieuse**.

La jurisprudence relative aux **lois de validation** est, à cet égard, des plus instructives et son invocation pertinente, en l'espèce.

On se rappelle, en effet, s'agissant de l'abondant contentieux de la Convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 Mars 1966 prévoyant le paiement des heures de surveillance nocturne au tiers pour les neuf premières heures et à la moitié pour les trois heures suivantes, que la **Cour de cassation** réunie en **Assemblée plénière** avait jugé par arrêt du 24 Janvier 2003 qu' « *obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées ; que dès lors, la cour d'appel, en faisant application de l'article 29 de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 au présent litige, a légalement justifié sa décision ; (...)* (**Cass. Ass. Plén. 24 Janvier 2003, Mme Evelyne ANGER et a. c/ APHL, n°J 01-41.757**)

.../...

Cette affaire a donné lieu à la saisine de la **Cour européenne des droits de l'homme** qui s'est prononcée par arrêt du 09 Janvier 2007, irrévocable au 09 Avril 2007, dans lequel celle-ci « réaffirme que si, **en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige** (*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, arrêt du 9 décembre 1994, série A n°301-B, p. 82, § 49 ; Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France (GC), n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96, CEDH 1999-VII, § 57*).(...) »

(**CEDH, ARNOLIN et 24 a. c/ France, 09 Janvier 2007, n°20127/03..., § 69**)

L'analyse de l'arrêt révèle que si la France a été condamnée, **à l'unanimité**, pour violation de l'article **6 § 1** CEDH du fait de l'application aux litiges pendants devant les Cours d'appel de l'article **29** de la **loi n°2000-37 du 19 Janvier 2000** relative à la réduction négociée du temps de travail, c'est aux motifs que ce texte qui, bien qu'excluant expressément de son champ d'application les **décisions de justice passées en force de chose jugée**, « **fixait définitivement les termes du débat soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire et ce, de manière rétroactive ; Force est de constater que les actions introduites par l'intégralité des requérants devant les juridictions internes étaient alors pendantes.** » (arrêt, § **73**) et qu' « **En conséquence, l'adoption de la loi du 19 janvier 2000 réglait le fond du litige et rendait vaine toute continuation des procédures. Dans ces conditions, la Cour estime que l'on ne saurait parler d'égalité des armes entre les deux parties privées, l'Etat ayant donné raison à l'une d'elles en faisant adopter la loi litigieuse.** » (§ **74**).

La **Cour européenne des droits de l'homme** a pu en conclure que « **82. Compte tenu de ce qui précède, l'intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond des litiges pendants devant les juridictions internes, n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général.**

83. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention. »

Le texte de loi discuté disposait :

« **Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, sont validés les versements effectués au titre de la rémunération des périodes de permanence nocturne, comportant des temps d'inaction, effectuées sur le lieu de travail en chambre de veille par le personnel en application des clauses des conventions collectives nationales et accords collectifs nationaux de travail agréés en vertu de l'article 16 de la loi n°75-535 relative aux institutions sociales et médico-sociales, en tant que leur montant serait contesté par le moyen tiré de l'absence de validité desdites clauses.** »

A ce titre, ce qu'en substance la Cour de Strasbourg a reproché au législateur français c'est de **s'être substitué au juge, sans motifs impérieux d'intérêt général.**

Il est vrai qu'il est de l'essence de la **jurisdictio** d'imputer à une partie à un litige des **faits juridiques**, ceux auxquels la loi attache des **conséquences de droit**. Lui retirer ce pouvoir laisse craindre une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs.

De plus, valider par la voie législative des rémunérations versées en application de clauses de conventions et accords collectifs nationaux de travail agréés par la loi, conduit à fermer les voies de recours, **sans possibilité de discussion préalable** desdites clauses, au profit d'une des parties au litige.

Le **droit au juge** a, d'ailleurs, été **solennellement consacré** aux termes de l'arrêt rendu le 21 Décembre 2006 par lequel l'**Assemblée Plénière** de la **Cour de Cassation** a **rejeté** un pourvoi formé contre un arrêt rendu le 6 Avril 2000 par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence (Dixième Chambre):

« (...) Mais attendu que les dispositions de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 instaurent, pour les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, **un délai de prescription particulier qui déroge au droit commun de la prescription des actions en matière civile**; que ces dispositions, d'ordre public, imposent au demandeur, non seulement **d'introduire l'instance dans les trois mois** de la publication des propos incriminés, mais aussi **d'accomplir tous les trois mois un acte de procédure** manifestant à l'adversaire son intention de poursuivre l'instance; que si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme D. n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que **l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours 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, Société La Provence c/ Mme Véronique D., n°A 00-20.493).

Il est, dès lors, établi que l'application par les juridictions internes de la norme nationale ne saurait aboutir, en toute hypothèse, « **à priver (un justiciable) 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** » et ce, à peine d'engager la **responsabilité de l'Etat**, comme le **Conseil d'Etat** l'a lui-même, consacré, dans sa formation la plus solennelle:

« (...) Considérant que **la responsabilité de l'Etat du fait des lois** est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le **respect des conventions internationales** par les autorités publiques, pour **réparer l'ensemble des préjudices** qui résultent de **l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France**; (...) »

(CE, Ass., 8 Février 2007, GARDEDIEU, n°279522).

A l'occasion de cette dernière espèce, le **Conseil d'Etat** a, de façon prétorienne, créé un **nouveau cas de responsabilité de l'Etat du fait des lois**.

Il y a jugé que « *l'Etat ne peut, sans méconnaître (les stipulations de l'article 6 § 1 CEDH), porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant, au cours d'un procès, des mesures législatives à portée rétroactive dont la conséquence est la validation des décisions objet du procès, sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général* »,

et réglant l'affaire au fond :

« *Considérant, d'une part, que l'intérêt financier auquel ont entendu répondre les dispositions de l'article 41 de la loi du 25 juillet 1994 ne peut suffire à caractériser un motif impérieux d'intérêt général permettant de justifier la validation législative des appels de cotisations intervenus sur la base du décret du 27 février 1985; que ces dispositions sont, dès lors, incompatibles avec les stipulations citées plus haut du §1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que, par suite, leur intervention est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat; que, d'autre part, la validation litigieuse est directement à l'origine du rejet, par le tribunal des affaires de sécurité sociale de Beauvais, des conclusions de M. GARDEDIEU tendant à être déchargé des cotisations qui lui étaient réclamées sur le fondement d'un décret jugé illégal par le Conseil d'Etat; qu'il suit de là que le requérant est fondé à demander la condamnation de l'Etat à en réparer les conséquences dommageables; que M. GARDEDIEU est, par suite, fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande; (...)* »

La motivation de l'arrêt *Gardedieu* par lequel le **Conseil d'Etat** prohibe, pour le contentieux dont il a à connaître, et **sauf motifs impérieux d'intérêt général**, la validation rétroactive par le législateur, au cours d'une instance pendante « **des décisions objet du procès** », n'est pas sans rappeler les principes inspirant les commentaires autorisés sous l'arrêt *Canal, Robin et Godot* rendu le 19 Octobre 1962 par l'**Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat** :

« (...) *Dans le prolongement de ces réactions, la décision Canal eut également des répercussions juridiques : pour priver l'arrêt de toute portée pratique et rendre impossible un contrôle juridictionnel des ordonnances prises en vertu de l'art. 2 de la loi du 13 avr. 1962, le gouvernement a inséré dans son projet de loi relatif à la Cour de sûreté de l'Etat, et fait voter par le Parlement, une disposition (art. 50 de la loi du 15 janv. 1963) selon laquelle ces ordonnances 'ont et conservent force de loi à partir de leur publication', permettant ainsi à la Cour militaire de justice de continuer à siéger dans les affaires dont elle avait été saisie. On a souligné plus haut que cette disposition pouvait être considérée comme valant ratification, confirmant ainsi le parallèle établi avec le mécanisme de l'art. 38 de la Constitution.*

7 Avec le recul du temps et en fonction de la jurisprudence du **Conseil constitutionnel** relative aux **lois de validation** (n°80-119 DC du **22 juill. 1980**, Rec. 46; AJ 1980.602, note Carcassonne; RD publ. 1980.1658, note Favoreu; D. 1981.IR 257, obs. L. Hamon; JCP 1981.II.19603, note Nguyen Quoc Vinh; RA 1980.497, obs. Bienvenu et Rials; RA 1981.33, obs. de Villiers; Gaz. Pal. 1981. Doct. 1.93, Comm. Plouvin), il est possible d'avancer que le fait pour le législateur d'avoir conféré valeur législative à l'ordonnance du 1er juin 1962, alors que celle-ci avait été annulée, a constitué une **atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs**. Pour le juge constitutionnel en effet, « **il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions** » (décision n°80-119 DC précitée). Or, selon le juge constitutionnel, la **validation par la loi de l'acte administratif qui a été annulé par une décision passée en force de chose jugée, équivaut à une censure de l'activité juridictionnelle** (cf. a contrario, n°87-228 DC du 26 juin 1987, Rec. 38, cons. n°8).

(**Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, Dalloz 18° édition 2011, n°80, pp. 546-547)

Mobilisant des critères sensiblement différents de ceux employés tant par le **Conseil d'Etat**, la **Cour de cassation**, que la **Cour européenne des droits de l'homme**, le **Conseil constitutionnel** encadre l'action du législateur lorsqu'il entend valider des actes de droit public ou de droit privé :

« (...) **4. Considérant que, si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie; (...) (CC, décision n°2011-166 QPC du 23 Septembre 2011, M. Yannick N.; v. dans le même sens : CC, décision n° 2012-287 QPC du 15 Janvier 2013, Société française du radiotéléphone – SFR, consid. 3; CC, décision n° 2013-327 QPC du 21 Juin 2013, SA Assistance Sécurité et Gardiennage, consid. 5)**.

Il résulte de l'ensemble de cette jurisprudence nationale et supranationale que si le **législateur ne peut pas contrarier l'autorité de la chose jugée**, l'application à un procès en cours de la nouvelle norme, qu'elle soit textuelle ou jurisprudentielle, ne sera pas, pour autant, contraire au **droit à un procès équitable** dès lors que **l'objet du litige ne sera pas vidé de sa substance**, que la **pleine juridiction du juge lui sera conservée** et qu'aucune des parties ne sera privée des **garanties procédurales** dont elle bénéficiait antérieurement.

Des principes et règles ci-dessus énoncés il découle qu'**aucun organe de l'Etat – exécutif, législatif ou même juridictionnel** – ne peut exercer une influence telle qu'elle **déséquilibre le rapport de forces entre les parties à un procès**.

De même que le législateur peut influencer sur la solution d'un procès, si des **motifs impérieux d'intérêt général** le justifient et aux conditions précitées, de même le juge ne peut s'écarter de **l'exigence absolue d'impartialité** qui est sa **raison d'être** que s'il peut justifier de tels motifs, qu'on peine à trouver en l'espèce.

A défaut, **l'impartialité du juge pourra légitimement être suspectée**, dans ses dimensions **objective et subjective**.

En effet, la **théorie aristotélicienne de l'abduction** (**Aristote**, Premiers analytiques, Organon III, Livre II, 25) peut, ici, être mise utilement à contribution, notamment en ce qui concerne le **renversement de la charge de la preuve dans l'appréciation subjective de l'impartialité**.

On rappelle, à ce propos, qu' « **ARISTOTE appelle ainsi un syllogisme dont la majeure est certaine et dont la mineure est seulement probable : la conclusion n'a qu'une probabilité égale à celle de la mineure.** » (**André LALANDE**, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF 3^e édition Quadrige Novembre 2010, v^o ABDUCTION, p.1).

Le Stagirite en donne la définition suivante :

« *Il y a **abduction** quand le premier terme appartient de toute évidence au moyen, tandis qu'il est incertain que le moyen appartienne au dernier terme, cette relation étant toutefois aussi **probable**, ou même **plus probable que la conclusion**; ou encore, quand les termes intermédiaires entre le dernier terme et le moyen sont en petit nombre : **dans tous ces cas, on arrive à se rapprocher de la science.** (...)* » (**Aristote**, Premiers analytiques, Organon III, Livre II, 25).

De même que **tout effet a une cause, tout acte (action ou omission) a une raison**.

C'est, donc, en termes de **probabilité** que l'on doit, ici, raisonner selon le **syllogisme** suivant :

1. L'exigence absolue d'impartialité du juge lui interdit, sauf pour **d'impérieux motifs d'intérêt général**, d'émettre un **préjugement** sur la cause dont il est saisi, avant qu'il ne rende définitivement sa décision;

2. Tout juge qui, sans justifier de **motifs impérieux d'intérêt général**, relève d'**office un moyen**, fût-il présenté comme étant d'**ordre public**, est **très fortement présumé** le faire en raison d'un **préjugement** et, partant, en **méconnaissance de son obligation d'impartialité absolue**;

3. Un tel juge doit s'abstenir de juger l'affaire ou être **récusé** par les parties intéressées.

En l'occurrence, on ne voit pas quel **motif impérieux d'intérêt général** pouvait justifier que le **Conseil d'Etat anticipe la réponse du Gouvernement** et relève d'**office**, le 02 Juin 2015, le moyen tiré du prétendu défaut d'intérêt à agir des requérants, avant même que la partie défenderesse soulève elle-même le moyen.

Ce n'est, en effet, que le 05 Juin 2015 que le **Ministre de la justice** invoquera l'irrecevabilité de la requête au fond comme obstacle, selon lui, au renvoi de la **question prioritaire de constitutionnalité**, en **contradiction**, au demeurant, avec la jurisprudence récente du **Conseil d'Etat** aux termes de laquelle celui-ci « *n'est pas tenu, lorsque, à l'appui d'une requête, est soulevée devant lui une question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle il lui incombe de se prononcer dans un **délai de trois mois**, de statuer au préalable sur la recevabilité de cette requête; que par suite, les **fins de non-recevoir** opposées par le ministre **doivent être écartées**; » (**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 21 Janvier 2015, Comité de défense des travailleurs frontaliers du Haut-Rhin, n°383004, consid. 4; CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 22 Mai 2015, SARL HOLDING DESILE, n°386792, consid. 2**).*

*

II-B-2-c/ LE POUVOIR DE RELEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC NE PEUT CONSTITUTIONNELLEMENT S'EXERCER QUE DANS LE RESPECT DES REGLES DU PROCES EQUITABLE ET SOUS RESERVE DU DROIT DE POSER UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE ET UNE QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

De troisième part, le **droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et une question préjudicielle**, de nature constitutionnelle et supra-nationale s'oppose, en effet, quand, comme en l'espèce, les questions portent notamment sur la constitutionnalité et la compatibilité au droit de l'Union de la législation et de la réglementation françaises octroyant un **monopole de représentation en justice** aux Avocats aux Conseils, à ce qu'il soit soulevé d'office, avant l'examen desdites questions, un **moyen d'ordre public** tiré de la **prétendue irrecevabilité de la requête principale** dont est saisi au fond le **Conseil d'Etat**.

1./ Le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité, tel que créé par l'article **61-1** de la Constitution a été précisé par le **Conseil constitutionnel** dès validation de la loi organique relative à l'application du texte constitutionnel précité :

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

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

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

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

Il est à noter que le **Conseil constitutionnel** n'a validé la loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (LOCC) qu'au prix d'une **réserve d'interprétation** lorsqu'une décision définitive a été « *rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué* » (cas d'une personne privée de liberté et nécessité pour la Cour de cassation de statuer dans un délai déterminé; situation d'urgence) :

« (...) **18.** (...) *que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugé ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel;* »

En outre, dans la même décision, le **Conseil constitutionnel** a jugé « *que les dispositions des articles 23-4 à 23-7 doivent s'interpréter comme prescrivant devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation la mise en œuvre de règles de procédure conformes aux exigences du droit à un procès équitable, en tant que de besoin complétées de modalités réglementaires d'application permettant l'examen, par ces juridictions, du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, prises dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi organique; que, sous cette réserve, le législateur organique n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence;* (...) »

On sait, de surcroît, que « *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)**.

Il est, dès lors, nécessaire d'examiner la **QPC** posée à l'appui du recours pour excès de pouvoir du 30 Avril 2015 **avant de statuer sur la recevabilité dudit recours.**

Le **Conseil d'Etat**, ayant souci de prémunir ses décisions contre le risque de **diallèle**, juge désormais qu'il « *n'est pas tenu, lorsque, à l'appui d'une requête, est soulevée devant lui une question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle il lui incombe de se prononcer dans un délai de trois mois, de statuer au préalable sur la recevabilité de cette requête; que par suite, les fins de non-recevoir opposées par le ministre doivent être écartées;* » (**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 21 Janvier 2015, Comité de défense des travailleurs frontaliers du Haut-Rhin, n°383004, consid. 4; CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 22 Mai 2015, SARL HOLDING DESILE, n°386792, consid. 2 – pièces n°11 et 12**).

2./ Quant au droit de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), il est expressément prévu par l'article 267 du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)** dont le **paragraphe 3** fait obligation au **Conseil d'Etat** de renvoyer la demande de décision préjudicielle à la **CJUE** :

« (...) *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 Luxembourg (Grande Chambre)** a précisé, dans son arrêt **MELKI et ABDELI c/ FRANCE** du 22 Juin 2010 (aff. jointes C-188/10 et C-189/10), à l'occasion de l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle du 23 Juillet 2008, quant à l'articulation de la **QPC** et de la **question préjudicielle** :

« (...) Réponse de la Cour

- 40 L'article 267 TFUE attribue compétence à la Cour pour statuer, à titre préjudiciel, tant sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union que sur la validité de ces actes. Cet article dispose, à son deuxième alinéa, qu'une juridiction nationale peut soumettre de telles questions à la Cour, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, et, à son troisième alinéa, qu'elle est tenue de le faire si ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.
- 41 Il en résulte, en premier lieu, que, même s'il peut être avantageux, selon les circonstances, que les problèmes de pur droit national soient tranchés au moment du renvoi à la Cour (voir arrêt du 10 mars 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a.*, 36/80 et 71/80, Rec. p. 735, point 6), les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur part (voir, notamment, arrêts du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, Rec. p. 33, point 3; du 27 juin 1991, *Mecanarte*, C-348/89, Rec. p. I-3277, point 44, et du 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. p. I-9641, point 88).
- 42 La Cour en a conclu 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).
- 43 En deuxième lieu, la Cour a déjà jugé 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).

- 45 En dernier lieu, la Cour a jugé qu'une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vices d'inconstitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle du droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle. En effet, l'efficacité du droit de l'Union se trouverait menacée si l'existence d'un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'article 267 TFUE de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci (voir arrêt Mecanarte, précité, points 39, 45 et 46).
- 46 S'agissant des conséquences à tirer de la jurisprudence susmentionnée par rapport à des dispositions nationales telles que celles visées par la première question posée, il convient de relever que la juridiction de renvoi part de la prémisse que, selon ces dispositions, lors de l'examen d'une question de constitutionnalité qui est fondée sur l'incompatibilité de la loi en cause avec le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel apprécie également la conformité de cette loi avec le droit de l'Union. Dans ce cas, le juge du fond procédant à la transmission de la question de constitutionnalité ne pourrait, avant cette transmission, ni statuer sur la compatibilité de la loi concernée avec le droit de l'Union ni poser une question préjudicielle à la Cour de justice en rapport avec ladite loi. En outre, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel jugerait la loi en cause conforme au droit de l'Union, ledit juge du fond ne pourrait pas non plus, postérieurement à la décision rendue par le Conseil constitutionnel qui s'imposerait à toutes les autorités juridictionnelles, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Il en serait de même lorsque le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation.
- 47 Selon cette interprétation, la législation nationale en cause au principal aurait pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité que, le cas échéant, après la décision du Conseil constitutionnel sur cette question, les juridictions des ordres administratif et judiciaire nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions préjudicielles. Force est de constater qu'il découle des

principes dégagés par la jurisprudence rappelés aux points 41 à 45 du présent arrêt que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation nationale telle que décrite dans les décisions de renvoi.

- 48 Toutefois, tel que cela ressort des points 33 à 36 du présent arrêt, les gouvernements français et belge ont présenté une interprétation différente de la législation française visée par la première question posée en se fondant, notamment, sur les décisions du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, et du Conseil d'État n° 312305, du 14 mai 2010, rendues postérieurement à la transmission des décisions de renvoi de la Cour de cassation à la Cour de justice.
- 49 À cet égard, il convient de rappeler qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, dans les affaires dont elle est saisie, quelle est l'interprétation correcte du droit national.
- 50 En vertu d'une jurisprudence constante, il appartient 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 de l'Union (arrêts du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, point 39; du 27 octobre 2009, ČEZ, C-115/08, non encore publié au Recueil, point 138, et du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, non encore publié au Recueil, point 70). Eu égard aux décisions susmentionnées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue.
- 51 L'examen de la question de savoir si une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est possible ne saurait remettre en cause les caractéristiques essentielles du système de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales instauré par l'article 267 TFUE telles qu'elles découlent de la jurisprudence rappelée aux points 41 à 45 du présent arrêt.
- 52 En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour, afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le fonctionnement dudit système de coopération nécessite que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire.
- 53 Dans la mesure où le droit national prévoit l'obligation de déclencher une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité qui empêcherait le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union, le fonctionnement du système instauré par l'article 267 TFUE exige néanmoins que ledit juge soit libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union.

- 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'État 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.
- 57 Par voie de conséquence, il y a lieu de répondre à la première question posée que 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. (...) »

Plus récemment, par sa **décision n°2013-314P QPC** du 04 Avril 2013 (**M. Jeremy F.**), le **Conseil constitutionnel** saisi d'une **QPC** relative à l'article **695-46, alinéa 4** du Code de procédure pénale, a lui-même adressé à la **CJUE** une **demande de décision préjudicielle** quant à l'interprétation 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.

Cette initiative du **juge constitutionnel** est la preuve formelle de la **réalité du principe de primauté du droit de l’Union européenne, y compris dans l’ordre juridique national.**

En effet, la réponse de la **Cour de Luxembourg**, statuant selon la procédure d'urgence prévue aux articles **23 bis** du statut de la CJUE et **107** du règlement de procédure de cette dernière (**CJUE, 30 Mai 2013, Jeremy F. c/ Premier ministre, C-168/13 PPU**) est sans ambiguïté :

« Les articles 27, paragraphe 4, et 28, paragraphe 3, sous c), de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d’arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doivent être interprétés en ce sens qu’ils ne s’opposent pas à ce que les États membres prévoient un recours suspendant l’exécution de la décision de l’autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, afin de donner son consentement soit pour qu’une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l’exécution d’une peine ou d’une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d’un mandat d’arrêt européen, autre que celle qui a motivé cette remise, soit pour la remise d’une personne à un État membre autre que l’État membre d’exécution, en vertu d’un mandat d’arrêt européen émis pour une infraction commise avant ladite remise, pour autant que la décision définitive est adoptée dans les délais visés à l’article 17 de la même décision-cadre.

Le **Conseil constitutionnel** en tire la conséquence que « *par suite, en prévoyant que la décision de la chambre de l'instruction est rendue 'sans recours', le quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale ne découle pas nécessairement des actes pris par les institutions de l'Union européenne relatifs au mandat d'arrêt européen; qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, de contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit; (...)* »

qu'en privant les parties de la possibilité de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre de l'instruction statuant sur une telle demande, les dispositions contestées apportent une restriction injustifiée au droit à exercer un recours juridictionnel effectif; que, par suite, au quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale, les mots 'sans recours' doivent être déclarés contraires à la Constitution; (...) »

(CC, décision n°2013-314 QPC du 14 Juin 2013 (M. Jeremy F. - consid. 8 et 9)

A n'en pas douter, le **Conseil constitutionnel** se serait interdit de contrôler la constitutionnalité des dispositions législatives attaquées par la QPC si, à l'inverse, celles-ci avaient été la **conséquence directe** de la transposition fidèle en droit français de la **décision-cadre** du 13 Juin 2002 relatif au mandat d'arrêt européen.

Précisément, le même raisonnement a été suivi, a contrario, par le **Conseil d'Etat** dans l'affaire **ARCELOR (2007 – 2009)**.

Ainsi, par **arrêt n°287110** du 08 Février 2007, l'Assemblée du Contentieux, saisie de la question de la légalité de l'article **1er** du **décret** n°2004-832 du 19 Août 2004 assurant la transposition de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 Octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61 du Conseil, a renvoyé à la **Cour de justice des Communautés européennes** (aujourd'hui **Cour de justice de l'Union européenne**, ci-après **CJUE**) 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.* »

La réponse de la **Cour de Luxembourg** est intervenue le 16 Décembre 2008 (C-127/07) :

« *Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :
L'examen de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 2003, établissant un système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, telle que modifiée par la directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 octobre 2004, au regard du principe d'égalité de traitement n'a pas révélé d'éléments de nature à affecter sa validité en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre au secteur de la sidérurgie sans inclure dans son champ d'application les secteurs de la chimie et des métaux non ferreux.* »

Le **Conseil d'Etat** en déduit que « *le moyen tiré de la méconnaissance par ce décret du principe constitutionnel d'égalité ne saurait qu'être écarté; que doivent, par suite, être rejetées les conclusions de la requête à fin d'annulation, ainsi que, par voie de conséquence, les conclusions à fin d'injonction, de sursis à statuer et tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative;* » (**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 03 Juin 2009, n°287110**).

Ces espèces, jugées aussi bien par le **Conseil d'Etat**, que par le **Conseil constitutionnel**, illustrent parfaitement le **principe de primauté** du droit de l'Union européenne qui ne saurait être mis en doute.

On se convainc aisément, de la sorte, que le **droit** de poser une **question préjudicielle inédite** portant sur la compatibilité du **monopole de représentation en justice** dont jouissent **indûment** les Avocats aux Conseils, **demande de décision préjudicielle** que le Conseil d'Etat est **tenu** de renvoyer à la CJUE, **interdit** au Haut Conseil de déclarer irrecevable la requête principale à l'appui de laquelle la question préjudicielle est posée, avant de recevoir la réponse à cette question.

Toute **prise de position** du juge tendant à faire échec à l'**effectivité** du droit de saisir, par le truchement du **Conseil d'Etat**, la CJUE d'une **demande de décision préjudicielle**, ne peut qu'être **légitimement suspectée de partialité**.

Aux yeux des requérants, la **motivation** d'une telle initiative – qu'aucun élément intrinsèque ou extrinsèque ne vient démentir – est la volonté de maintenir le **monopole** dont jouissent indûment les Avocats aux Conseils, monopole **jugé avec bienveillance par les Cours suprêmes**, comme l'a confirmé **Monsieur Philippe HOUILLON** lors des travaux de la Mission d'information sur les professions juridiques réglementées dont il était le co-rapporteur, avec **Madame Cécile UNTERMAIER**, Présidente.

*

Les développements qui précèdent relatifs à la **QPC** et à la **question préjudicielle** devant la CJUE font nettement apparaître que la Présidente de la Sixième Sous-section du Conseil d'Etat, cette Sous-section ou une autre Sous-section n'ont, en l'espèce, **ni l'obligation ni la faculté** de relever d'office l'irrecevabilité prétendue du recours pour excès de pouvoir de **Monsieur et Madame Gégoire KRIKORIAN** et des autres requérants.

N'ayant **ni l'obligation ni la faculté** de soulever d'office une telle fin de non-recevoir la **seule explication plausible** est le **préjugement** : **Madame la Présidente de SILVA** avait l'intention, dès l'examen des prétentions de **Monsieur et Madame KRIKORIAN et des autres requérants**, de les rejeter au **motif erroné de défaut d'intérêt à agir**, alors même qu'un tel moyen n'était pas, au 02 Juin 2015, soulevé par la partie défenderesse.

*

.../...

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

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

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

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

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

En d'autres termes, la **possibilité** d'exercer le pouvoir réglementaire ou juridictionnel (par exemple, **relever un moyen d'office**) **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 dudit pouvoir qui sera :

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

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

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

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

*

.../...

Comme l'ont explicité les développements qui précèdent, la **faculté** offerte ou l'**obligation** imposée au juge de **relever d'office un moyen d'ordre public** rompt l'équilibre que le procès équitable doit assurer aux **prérogatives de défense** respectives des parties.

Cette **pratique juridictionnelle**, fût-elle relayée par des textes réglementaires (notamment art. **R. 611-7 CJA**), pratique qui, dans le langage **nietzschéen** relève du penchant **dionysiaque** (l'excès, la démesure, l'ivresse), par opposition à l'**ordre public de protection individuelle** qui, lui, procède du **principe apollinien** (l'équilibre, la mesure, la sagesse), n'a plus sa place dans une **Société démocratique** et un **Etat de droit** comme l'est et doit le demeurer la France.

*

La **prise de position officielle** que **Madame Isabelle de SILVA** a prise, le 02 Juin 2015, ès qualités de Présidente de la sixième sous-section du **Conseil d'Etat**, statuant au Contentieux, annonce une **décision de rejet** de la requête du 30 Avril 2015, **sans même examen au fond**. Ce procédé, qui a pour but de préserver le **monopole indu** des **Avocats aux Conseils** et pérenniser la **concurrence déloyale** que ceux-ci font aux **Avocats, incongruités institutionnelles d'Ancien Régime** dans la **France moderne et républicaine** du **XXI^e siècle**, est justement dénoncé par les requérants.

Plus aucun doute, partant, ne persiste quant à la **partialité** de **Madame la Présidente de SILVA**, circonstance justifiant le **remplacement** du haut magistrat.

*

Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et les autres requérants se rangent, dès lors, pour le succès de leurs **légitimes prétentions** et dans le libre exercice de leur recours au service du **Bien commun (contrôle de légalité)**, sous les auspices de la **Raison universelle** (le **Droit**, selon la formule de **PORTALIS**), **nécessaire à la démocratie et intemporelle** :

« Il existe une loi vraie, c'est la droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous les êtres, toujours d'accord avec elle-même, non sujette à périr, qui nous appelle impérieusement à remplir notre fonction, nous interdit la fraude et nous en détourne (...). A cette loi nul amendement n'est permis, il n'est licite de l'abroger ni en totalité ni en partie. (...) Cette loi n'est pas autre à Athènes, autre à Rome, autre aujourd'hui, autre demain, c'est la seule et même loi éternelle et immuable, qui régit toutes les nations et en tous temps. (...) CICERON, De la République, III, 27, trad. Charles APPUHN (Dictionnaire Culturel en langue française, Le Robert 2005, Tome II, v^o Droit, pp. 210 – 211).

*

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 et notamment ses articles **1er, 2, 4, 6, 13, 15, 16** et **17**;

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

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958 et notamment ses articles **1er, 34, 37, 55, 88-1** et **88-2**,

Vu l'article **6** du **Traité sur l'Union européenne** du 7 Février 1992,

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

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 **1, 6 § 1, 8, 13, 14** de la **Convention européenne des Droits de l'Homme** et l'article **1^{er}** de son **Premier Protocole Additionnel**,

Vu les articles **2 § 3, 14 § 1** et **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966,

Vu la **directive 77/249/CEE** du Conseil du 22 Mars 1977 tendant à **faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats** (JOUE L 78 du 26 Mars 1977, p. 17) ;

Vu la **directive 98/5/CE** du 16 Février 1998 du **Parlement européen et du Conseil** **visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise** (JOUE L 77 du 14.03.1998, p. 36) ;

Vu l'**ordonnance n°58-1067** du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (LOCC), notamment son article **23-3, alinéa 1er**,

Vu les articles **L. 721-1, R. 721-2 et suivants** du Code de justice administrative (CJA),

1°) DIRE et JUGER que les articles **R. 432-1** et **R. 432-2 combinés** du Code de justice administrative (CJA) ne font pas obstacle, dans l'**interprétation conforme** au **droit de l'Union européenne** (spécialement **directive 77/249/CEE** du Conseil du 22 Mars 1977 et **directive 98/5/CE** du 16 Février 1998) qui est susceptible de leur être donnée, à la présentation sous le ministère de **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat au Barreau de Marseille, de la requête tendant à la **récusation** de **Madame Isabelle de SILVA**, Présidente de la sixième sous-section du Conseil d'Etat, statuant au contentieux ;

.../...

SUBSIDIAIREMENT ET AVANT DIRE DROIT,

Vu l'article 267, § 3 du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)**,

2°) ADRESSER à la Cour de justice de l'Union européenne les demandes de décisions préjudicielles suivantes :

« 2-a°) Le droit de l'Union européenne, en particulier les articles 49 à 62 TFUE, 101 à 109 TFUE, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 Mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats et la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 Février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation et à une réglementation nationales telles que l'article 91 de la loi sur les finances du 28 Avril 1816, l'ordonnance du 10 Septembre 1817 (Louis XVIII), les articles 4 et 5 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, l'article 13 de la loi n°2015-177 du 16 Février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, l'article 5 du décret n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, les articles 973 et suivants du Code de procédure civile (Cour de cassation), les articles R. 432-1, R. 821-3 et R. 834-3 CJA (Conseil d'Etat) et l'article 17 du décret du 26 Octobre 1849 (Tribunal des conflits), en tant que ceux-ci sont susceptibles d'être interprétés comme imposant aux parties souhaitant saisir l'une des Cours suprêmes précitées d'avoir recours à un Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, officier ministériel, à l'exclusion des Avocats inscrits à un Barreau français, ceux-ci subissant, ainsi, un abus de position dominante ?

2-b°) le titre d'Avocat et la profession d'avocat sont-ils, aux fins notamment des directives 77/249/CEE et 98/5/CE des notions autonomes du droit de l'Union européenne ?

2-c°) la « Charte organique de collaboration » adoptée en Juin 2010 entre l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et le Conseil National des Barreaux doit-elle être considérée comme une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 101 TFUE, en tant que telle interdite par le traité, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et a pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur; en excluant les Avocats du prétoire des cours suprêmes françaises et en diminuant la qualité des prestations juridiques fournies aux justiciables (solution de continuité dans la stratégie de défense définie par l'Avocat et son client) ?

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, anciennement cristallisée par l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, et aujourd'hui par l'article 12 de la loi du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, ainsi que par les articles 5, 32, 34, 37 et 38 du décret n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, sur le fondement de laquelle théorie 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 ?* » ;

3°) DIRE et JUGER que l'article R. 432-1 CJA est contraire :

3-a°) aux objectifs et aux articles 1, 2, 4, §§ 1 et 2 de la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 Mars 1977 ;

3-b°) aux objectifs et aux articles 1, 2, 5 § 1 de la directive 98/5/CE du 16 Février 1998 ;

EN CONSEQUENCE,

4°) ECARTER, EN L'ESPECE, l'application de l'article R. 432-1 CJA ;

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

5°) DECLARER recevable la requête tendant à la récusation de Madame Isabelle de SILVA, Présidente de la sixième sous-section du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, présentée par Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat au Barreau de Marseille ;

6°) DECLARER l'article R. 611-7 CJA incompatible avec l'exigence absolue d'impartialité du juge consacrée notamment par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et l'article 14 §1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966 ;

EN CONSEQUENCE,

7°) ECARTER, EN L'ESPECE, l'application de l'article R. 611-7 CJA ;

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

8°) DIRE et JUGER que **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et les dix autres requérants** peuvent **subjectivement et objectivement**, en l'état du **parti pris défavorable** à leur égard, matérialisé par la **lettre** du 02 Juin 2015, relevant d'office le moyen qualifié d'ordre public du **prétendu défaut d'intérêt à agir**, nourrir un **doute légitime quant à l'impartialité** de **Madame Isabelle de SILVA**, Présidente de la sixième sous-section du Conseil d'Etat, statuant au contentieux ;

EN CONSEQUENCE,

9°) ADMETTRE la récusation de **Madame Isabelle de SILVA** ;

10°) AVISER Maître Philippe KRIKORIAN de la date à laquelle la **demande de récusation** sera jugée par le **Conseil d'Etat**, **hors la présence** de **Madame Isabelle de SILVA**;

11°) DIRE et JUGER que **Madame Isabelle de SILVA** sera **remplacée** dans l'ensemble des procédures opposant les parties susnommées;

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Marseille, le **07 Juin 2015**

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

(signature électronique -
article **1316-4** du Code civil)

.../...

I-/ PRODUCTIONS**I-A/ PIECES PRODUITES PAR LES REQUERANTS LE 30 AVRIL 2015 DEVANT LE CONSEIL D'ETAT, A L'APPUI DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR ENREGISTRE SOUS LE N°389902 (mémoire)**

1. **Décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles
2. **Loi n°2015-177 du 16 Février 2015** relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures
3. **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**)
4. **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** – **incompétence de la juridiction judiciaire** – dix-sept pages)
5. **Facture d'un montant de 8 400,00 € TTC** établie le 23 Juin 2014 par **Maître Yves RICHARD**, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (**Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et a.**, - **pourvoi en cassation c. CA Aix-en-Provence 30 Janvier 2014** et **saisine directe du Tribunal des conflits** – art. 17 du décret du 26 Octobre 1849)
6. **Tribunal des conflits, 17 Novembre 2014, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Consorts TASHAN**, n°3968
7. **Ordonnance de référé n°15/398** du 07 Avril 2015 rendue par **Monsieur le Premier Vice-Président du Tribunal de grande instance de Marseille**, faisant droit aux demandes d'injonction de **Maître Philippe KRIKORIAN** aux fins de commission d'office d'un Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (six pages)
8. **Mandats (11) aux fins de saisine du Conseil d'Etat**

I-B/ PIECES PRODUITES PAR LES REQUERANTS LE 07 JUIN 2015 DEVANT LE CONSEIL D'ETAT, AU SOUTIEN DE LA REQUETE TENDANT A LA RECUSATION DE MADAME ISABELLE DE SILVA, PRESIDENTE DE LA SIXIEME SOUS-SECTION DU CONTENTIEUX

9. **Déclaration solennelle** en date du 11 Septembre 2014 de **représentation et d'assistance en justice et d'inopposabilité à l'Avocat du ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** - articles 5 des **directives 77/249/CEE** du 22 Mars 1977 et **98/5/CE** du 16 Février 1998 - adressée par **Maître Philippe KRIKORIAN** à chacune des Cours suprêmes françaises
10. **Etude de Madame Pascale FOMBEUR, Conseillère d'Etat et de Monsieur Alexandre LALLET, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, JurisClasseur Justice administrative, fasc. 70-11 : Jugement – Impartialité de la juridiction – Abstention et récusation** – 31 Décembre 2012, §§ 158 et 201

11. **CE, 21 Janvier 2015, CDTFHR, 1ère et 6ème sous-sections réunies, n°383004** (renvoi au Conseil constitutionnel de la **question prioritaire de constitutionnalité** des articles **L. 380-2** et **L. 380-3-1** du Code de la sécurité sociale ; **rejet des fins de non-recevoir** opposées par le Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes : « 4. *Considérant que le ministre soutient que les **questions prioritaires de constitutionnalité** soulevées par les organisations requérantes sont **irrecevables**, au motif qu'elles sont présentées à l'appui de **recours pour excès de pouvoir eux-mêmes irrecevables**, faute pour ces organisations de justifier d'un **intérêt à agir** à l'encontre des actes attaqués ; que, toutefois, **le Conseil d'Etat n'est pas tenu**, lorsque, à l'appui d'une requête, est soulevée devant lui une **question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle il lui incombe de se prononcer dans un délai de trois mois**, de statuer au préalable sur la **recevabilité de cette requête** ; que, par suite, les fins de non-recevoir opposées par le ministre doivent être **écartées** ; (...) » (pièce n°50 produite le 27 Janvier 2015 devant le **Tribunal administratif de Paris**)*
12. **CE, 22 Mai 2015, 1ère et 6ème sous-sections réunies, SARL HOLDING DESILE** : **rejet de la fin de non-recevoir** opposée par le Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique : « (...) 2. *Considérant que le ministre soutient qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société requérante, au motif qu'elle est présentée à l'appui d'un **recours pour excès de pouvoir irrecevable**, faute pour cette société de justifier d'un **intérêt à agir** à l'encontre du décret attaqué ; que, toutefois, **le Conseil d'Etat n'est pas tenu**, lorsque, à l'appui d'une requête, est soulevée devant lui une **question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle il lui incombe de se prononcer dans un délai de trois mois**, de statuer au préalable sur la **recevabilité** de cette requête ; que, par suite, la fin de non-recevoir opposée par le ministre doit être **écartée** » - renvoi au Conseil constitutionnel de la question de la conformité à la Constitution des articles **20** et **98** de la loi n°2014-856 du 31 Juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire – **2015-476 QPC***
13. **TC, 18 Mai 2015, Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et a. - fait droit à la demande des requérants tendant à la récusation de Monsieur Jacques ARRIGHI de CASANOVA, Président en exercice du Tribunal des conflits -**, n°3995
14. **Directive 77/249/CEE** du Conseil du 22 Mars 1977 tendant à **faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats** (JOUE L 78 du 26 Mars 1977, p. 17)
15. **Directive 98/5/CE** du 16 Février 1998 du **Parlement européen et du Conseil** visant à **faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise** (JOUE L 77 du 14.03.1998, p. 36)
16. **Mandats spéciaux (11)** aux fins de récusation de **Madame Isabelle de SILVA**, Présidente de la sixième sous-section du Contentieux

II-/ DOCTRINE

1. **Article de Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* » publié dans la Gazette du Palais, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007 (mémoire)
2. **Article de Maître Philippe KRIKORIAN** « *L'avocat et le juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, pp 10-18 (mémoire)
3. **Etude de Madame Pascale FOMBEUR, Conseillère d'Etat et de Monsieur Alexandre LALLET, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, JurisClasseur Justice administrative, fasc. 70-11 : Jugement – Impartialité de la juridiction – Abstention et récusation – 31 Décembre 2012, §§ 158 et 201 (copie jointe – pièce n°10)**

*