

**Tribunal des conflits****N° 3995****M. K. et a.****Requête en récusation****Séance du 18 mai 2015****Rapporteur : M. Ménéménis****Rapporteur public : M. Desportes****Conclusions**

1.- La requête en récusation dont vous a saisi M. K. avec d'autres vous conduira à réexaminer les solutions que vous avez dégagées en la matière il y a fort longtemps. Vous aurez notamment à porter un nouveau regard sur la recevabilité même d'une telle requête, qui ne va pas de soi, puis, le cas échéant, sur la portée du principe d'impartialité appliqué à la juridiction singulière à laquelle vous appartenez. Mais avant d'aborder ces questions, les circonstances dans lesquelles elles vous sont posées appellent quelques précisions.

M. K. et d'autres requérants ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus implicite du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi transposant la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal. Par un arrêt du 26 novembre 2012 le Conseil d'Etat a rejeté la requête des intéressés aux motifs que la décision contestée « *touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe, par là-même, sans que les engagements internationaux de la France puissent être utilement invoqués, à la compétence de la juridiction administrative* »<sup>1</sup>. Les requérants ont alors porté leur recours devant la juridiction judiciaire à laquelle ils ont demandé d'enjoindre au Premier ministre de déposer un projet de loi de transposition. Par arrêt du 10 octobre 2013, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a décliné la compétence de cette juridiction et refusé de vous saisir en prévention d'un conflit négatif après avoir relevé que, selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, le refus du Premier ministre devait être regardé comme un acte de gouvernement échappant, comme tel, à tout contrôle juridictionnel.

Estimant qu'un conflit négatif était né de cette décision, M. K. et les autres requérants vous ont saisis aux fins de le régler sur le fondement des dispositions de l'article 17 du décret du 26 octobre 1849, alors en vigueur - reprises en substance à l'article 37 du décret du 27 février 2015. Soutenant que les juridictions des deux ordres auraient dû se reconnaître compétentes, ils vous demandent d'annuler tant l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 novembre 2012 que celui de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 10 octobre 2013 et de renvoyer la cause et les parties devant le Conseil d'Etat.

---

<sup>1</sup>CE 2/7, 26 nov. 2012, *Krikorian*, n° 250492, T.

A l'appui de la requête en récusation qu'ils ont déposée par ailleurs, ils font valoir que le principe d'impartialité s'oppose à ce que leur demande soit examinée par le président du Tribunal des conflits, M. Arrighi de Casanova, dès lors que celui-ci a présidé la formation du Conseil d'Etat qui a rendu l'arrêt du 26 novembre 2012 dont l'annulation est demandée.

2.- Se pose la question de la recevabilité de cette requête. Pas plus aujourd'hui qu'hier un texte ne prévoit la possibilité de récuser un membre de votre Tribunal, la réforme opérée par la loi du 16 février 2015 et le décret, déjà cité, du 27 février 2015 n'ayant pas innové sur ce point. Or, dans votre arrêt *Marquigny c/ Préfet du Nord* du 4 novembre 1880, rendu dans un cas de conflit positif sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement (Rec. p. 795), vous avez écarté la possibilité d'une récusation au motif que « *le Tribunal des conflits, institué pour assurer l'application du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, n'est appelé à trancher aucune contestation d'intérêt privé* », le débat devant ce Tribunal n'opposant pas les parties aux litiges mais uniquement « *l'autorité judiciaire et l'autorité administrative* »<sup>2</sup>. Par votre arrêt *Alioune Kane* du 13 janvier 1958 (Rec. p. 790), saisis alors en application de la loi de du 20 avril 1932, vous avez retenu, dans une formule plus concise, que « *devant le Tribunal des conflits et à raison du caractère particulier de cette juridiction les conclusions à fin de récusation ne sont pas recevables* ». Exprimée en termes aussi généraux, la solution est applicable sans qu'il y ait à distinguer selon que votre saisine est le fait d'une partie, du préfet ou d'une juridiction et quel qu'en soit son objet. En l'absence de décisions plus récentes, ces deux arrêts sont toujours regardés comme fixant votre doctrine en la matière.

Sans nous appesantir sur ce point, deux circonstances nous semblent avoir largement déterminé la solution retenue dans votre arrêt de 1880. La première, historique, tient à ce que, à peine plus de huit années après l'adoption de la loi du 24 mai 1872, le caractère juridictionnel du Tribunal des conflits n'était pas pleinement affirmé. Pour justifier l'exclusion de toute possibilité de récusation, le commissaire du gouvernement avait d'ailleurs souligné que le Tribunal exerçait la fonction auparavant confiée au « *souverain, statuant dans son omnipotence* » de sorte que, pas plus que le souverain, ses membres, chargés d'une mission d'autorité plus que de juridiction, ne devaient pouvoir être récusés. La seconde circonstance, non dépourvue de lien avec la précédente et qui a conservé une certaine actualité jusqu'à très récemment, tient à ce que le Tribunal des conflits pouvait être présidé par le garde des Sceaux. Dans ces conditions, permettre l'application des règles du droit commun de la récusation aurait sans aucun doute compromis la possibilité même de cette présidence, très tôt contestée en raison, bien évidemment, de la dépendance du ministre à l'égard de l'exécutif<sup>3</sup>. Il y a tout lieu de penser que « le caractère particulier » de votre Tribunal relevé par l'arrêt *Alioune Kane* tenait à ce « vestige de la justice retenue ».

---

<sup>2</sup> « le débat porté devant lui par le préfet, agissant au nom de la puissance publique, s'agit uniquement entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative ; il suit de là que les parties engagées dans l'instance qui donnent lieu à l'arrêté de conflit ne figurent ni comme demanderesse ni comme défenderesse devant le tribunal chargé de le juger ; que si elles peuvent produire es mémoires et faire présenter des observations orales, elles ne sont recevables à prendre aucunes conclusions ; que, dès lors, elles ne sauraient être admises à proposer une récusation (...) »

<sup>3</sup> v. not. les déclarations faites par le député Grousseau en 1908, citées par G. Bachelier in « Le Tribunal des Conflits, juge administratif ou juge judiciaire », Rapp. TC 2005

Il serait paradoxal que vous consacriez aujourd'hui une solution prise dans de telles circonstances alors que, par la loi du 16 février 2015, le législateur a entendu rénover le Tribunal des conflits et, spécialement, rompre avec les origines en supprimant la présidence du garde des Sceaux au nom, précisément, de l'exigence d'impartialité et des garanties du procès équitable. Une évolution nous paraît ainsi inéluctable. La présente requête vous donne l'occasion de l'accomplir.

Le Tribunal des conflits étant une juridiction – nous nous épargnerons une argumentation sur ce point - il ne fait pas de doute que l'exigence d'impartialité, déduite de l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'applique à ses membres dès lors que, pour reprendre la formule du Conseil constitutionnel, « *l'impartialité est indissociable des fonctions juridictionnelles* »<sup>4</sup>. Bien que la question soit débattue, cette exigence s'applique également à vous, à notre sens, en vertu de l'article 6, § 1 de la CESDH chaque fois du moins que votre saisine intervient dans une procédure portant sur une contestation en matière civile ou une accusation en matière pénale - autant dire presque toujours. Quoi qu'il en soit, par votre arrêt *Préfet du Val-de-Marne c/ CPH de Villeneuve –Saint-Georges* du 17 avril 2000 vous avez dissipé toute interrogation, en posant le principe que le Tribunal des conflits « *tranche les questions touchant à la répartition des compétences entre les juridictions des deux ordres dans le cadre des règles qui garantissent à toute personne le droit à une juridiction indépendante et impartiale* » (Rec. 759).

Si le principe d'impartialité doit être respecté au sein du Tribunal des conflits, il paraît difficile d'affirmer dans le même temps que la procédure de récusation dont l'objet est d'en assurer le respect ne pourrait être mise en œuvre. Aucun des motifs qui ont pu être avancés pour justifier cette seconde proposition ne nous apparaît aujourd'hui admissible.

D'abord, il ne peut être soutenu que les parties au litige à l'occasion duquel s'est posée la question de compétence portée devant vous ne seraient pas parties à la procédure de conflits. Il est vrai qu'en matière de conflits de compétence, l'objet, très circonscrit, de votre saisine porte sur la mise en œuvre de règles d'ordre public, voire constitutionnelles, dont l'application ne dépend pas de la volonté des intéressés. Pour autant, les parties au litige sont bien présentes devant vous en cette qualité, y compris lorsqu'elles ne sont pas à l'origine de votre saisine. Si, sous l'empire des textes anciens leur statut était mal affirmé de sorte qu'elles pouvaient être qualifiées d'« effacées », d'« imparfaites » ou encore de « passagers » de la procédure<sup>5</sup>, tel n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur du décret du 27 février 2015 qui comporte de nombreuses dispositions communes aux procédures portées devant vous prévoyant la représentation des parties devant votre Tribunal, garantissant à leur égard le respect du principe du contradictoire et les autorisant à faire part de leurs observations écrites ou orales<sup>6</sup>.

Si la place des parties est ainsi reconnue, c'est que, contrairement à l'affirmation contenue par ailleurs dans votre arrêt *Marquigny*, la question de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction est susceptible d'affecter leurs droits. Certes, lorsque le Tribunal des

<sup>4</sup> v. entre beaucoup d'autres : déc. n° 2011-147 QPC du 8 juill. 2011, cdt 8 (composition du tribunal pour enfants)

<sup>5</sup> v. S. Amarani Mekki, in *Le Tribunal des conflits*, Dalloz, thème et comm., p. 76 – Chr. Vigouroux, *ibid.*, p. 109

<sup>6</sup> v. not. décr. 27 févr. 2015, art. 4, 5, 7, 8, 10 et 13

conflits statue sur la compétence, il se borne à orienter ou aiguiller le justiciable vers l'ordre de juridiction compétent. Loin de porter atteinte aux droits des parties, sa décision lève une situation de blocage ou évite qu'elle ne se forme. En réglant de juges, votre Tribunal assure en réalité l'effectivité du droit au recours. En outre, l'orientation peut être qualifiée de « procéduralement neutre » puisque, comme vous l'avez jugé, « *la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction est en principe, par elle-même, sans incidence sur le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »<sup>7</sup>. En pratique, nous pouvons d'ailleurs constater que, dans les cas, de loin les plus nombreux, où vous êtes saisis par une juridiction en prévention d'un conflit négatif, il est fréquent que les parties ne produisent devant vous aucunes observations. Cependant, ce serait singulièrement minorer le rôle de votre Tribunal que de le réduire à un choix neutre entre deux juridictions, à une « parenthèse sans enjeu »<sup>8</sup>. Il est banal de relever que, devant vous, question de compétence et de fond sont en réalité souvent indissociablement liées. Le site de votre juridiction qui met à l'honneur quelques uns de ses arrêts ayant contribué à l'élaboration du droit administratif, au premier rang desquels l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873, en est la démonstration. En réalité, en qualifiant une faute, un ouvrage, des travaux ou encore un contrat pour déterminer la compétence juridictionnelle vous déterminez également les règles de fond qui seront applicables au litige et même, parfois, les personnes qui pourront y être parties. Au surplus, même dans les cas où le litige est soumis au même corps de règles devant les juridictions des deux ordres, il se peut qu'une divergence d'interprétation rende néanmoins déterminant le choix de l'ordre compétent. La compétence engage donc le fond. Aussi, à moins de les ramener au rang de simples mesures d'administration judiciaire, il faut considérer que vos décisions intéressent toujours, peu ou prou, les droits des parties de sorte que celles-ci ne sont pas sans intérêt à invoquer le respect du principe d'impartialité.

Enfin, la circonstance que la récusation ne soit pas prévue par les textes, très récents, organisant la procédure devant le Tribunal des conflits n'est évidemment pas un obstacle à sa mise en œuvre. La possibilité de récusation est en effet une règle générale de procédure qui s'applique même en dehors de toute disposition la prévoyant expressément. Le Conseil constitutionnel en a jugé ainsi pour la récusation des membres de la Cour de discipline budgétaire et financière<sup>9</sup> et le Conseil d'Etat pour celle des membres du Conseil supérieur de la magistrature<sup>10</sup>. Dans le silence des textes, il faut considérer que, pour être recevable, la demande de récusation d'un membre de votre Tribunal doit être présentée avant la fin de l'audience des débats, dans les mêmes formes que la requête aux fins de saisine. Ces exigences ont été respectées en l'espèce. Une telle demande doit bien entendu être examinée par vous, comme vous le faites aujourd'hui, hors la présence du membre dont la récusation est demandée. La circonstance que les causes de récusation ne soient pas précisément déterminées par la loi ou le règlement est par ailleurs sans inconvénient. Elles ne le sont pas devant la juridiction administrative, la récusation de l'un de ses membres pouvant être prononcée, selon les dispositions générales de l'article L. 721-1 CJA, dès lors qu'il existe une raison sérieuse de mettre

<sup>7</sup> TC 13 déc. 2010, *Préfet de la région Ile de France c/ SNC Green Yellow et a.*, n° 3800

<sup>8</sup> Chr. Vigouroux, in « *Le Tribunal des conflits, bilan et perspectives* », Dalloz, Thèmes et comm. 2008, p. 109

<sup>9</sup> Déc. n° 2014-423 QPC du 24 oct. 2014, *Stéphane R. et a.*, cdt n° 19

<sup>10</sup> CE 30 juin 2003, *Murciano*, n° 222160, T. 844

en doute son impartialité. Devant les juridictions judiciaires, les textes énumèrent certes les causes de récusation<sup>11</sup> mais, selon la Cour de cassation, ils n'épuisent pas l'exigence d'impartialité<sup>12</sup>. Enfin, en cas de récusation, les règles de suppléance au sein de votre juridiction permettent d'assurer le remplacement des membres récusés, le président devant être remplacé par le membre le plus ancien appartenant au même ordre de juridiction conformément à l'article 3 de la loi du 24 mai 1872.

« *Un jour, il faudra bien admettre la procédure de récusation* » prophétisait Christian Vigouroux lors d'un colloque consacré au Tribunal des conflits. Ce jour nous semble venu. Nous vous proposons donc d'admettre la recevabilité de la requête de M. K. et des autres requérants. Votre décision sur ce point viendra prolonger, sinon parachever, l'œuvre de rénovation accomplie par le législateur par la loi du 16 février 2015.

**3.-** Il reste à examiner s'il y a lieu de faire droit à cette requête et donc à tenter de cerner les contours de l'exigence d'impartialité appliquée à votre Tribunal dont le particularisme est souvent mis en avant même s'il a été grandement atténué par la récente réforme.

Il n'y a guère matière à discussion selon nous s'agissant de l'impartialité personnelle, qu'elle soit subjective ou objective. Elle s'impose au sein de votre juridiction dans les mêmes conditions qu'au sein de toute juridiction administrative ou judiciaire. L'impartialité, indissociable des fonctions juridictionnelles, c'est en effet, avant tout, l'indépendance et la neutralité du juge à l'égard des parties.

Il est moins évident de déterminer où doivent être placées les bornes en matière d'impartialité fonctionnelle, seule en cause au cas présent. Celle-ci est susceptible d'être affectée lorsque le membre d'une juridiction, dans la même procédure ou une procédure distincte, a déjà rendu ou contribué à rendre une décision en relation avec le litige. Il ne s'agit pas alors de rechercher si cette circonstance a pu influencer sur son impartialité subjective mais d'apprécier si, selon les apparences, elle a pu créer dans l'esprit du justiciable un doute quant à son impartialité en laissant supposer qu'il a préjugé de la solution. Toutefois, pour la Cour européenne des droits de l'homme, soucieuse, précisément, de ne pas céder à la « tyrannie de l'apparence », le doute n'est déterminant que s'il est « objectivement justifié »<sup>13</sup>. Les jurisprudences administrative et judiciaire fournissent un très grand nombre de décisions traduisant cette exigence. Ainsi, même si leurs solutions ne coïncident pas toujours parfaitement, il est certain que la seule circonstance qu'un juge ait été conduit à prendre une décision intéressant le litige – mesures d'instruction, de sûreté, de suspension d'exécution etc. – ne s'oppose pas nécessairement à ce qu'il participe au règlement de celui-ci dès lors qu'il n'en résulte pas qu'il ait pris parti. En revanche, l'impartialité fonctionnelle du juge est, en principe, nécessairement affectée lorsqu'il a déjà eu à trancher le litige à un stade antérieur de la procédure, cas de figure qui se présente, notamment, lorsqu'il statue sur l'appel ou le pourvoi formé contre une décision qu'il a rendue<sup>14</sup> ou encore, ainsi qu'en a

<sup>11</sup> v. Art. L. 116 COJ, 341 CPC, 668 CPP

<sup>12</sup> Civ. 1ère 28 avr. 1998, B. n° 155

<sup>13</sup> v. par ex. : CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France* - 27 août 2002, *Didier c/ France*

<sup>14</sup> v. par ex. : CEDH, 23 mai 1991, *Oberschlick c/ Autriche* - CE, 24 oct. 1997, *El Alj*, n° 165516, T. - Civ. 1ère 11 mars

jugé la Cour de Strasbourg, lorsque, après avoir statué sur un premier pourvoi, il participe, dans la même affaire, à l'examen d'un second soulevant les mêmes moyens<sup>15</sup>. Toutefois, la solution connaît des tempéraments. En raison de la spécificité de certaines procédures ou de certaines juridictions, il est parfois admis qu'un même juge puisse statuer à plusieurs reprises sur un même litige, même si les solutions sont souvent nuancées. Il en est ainsi, selon la jurisprudence concordante de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation lorsque le réexamen résulte de l'exercice d'une voie de rétractation, opposition ou tierce opposition<sup>16</sup>. De même, la Cour de Strasbourg admet qu'après annulation d'une décision, la cause et les parties soient renvoyées devant la juridiction ayant rendu la décision annulée<sup>17</sup>. Elle a toutefois apporté un tempérament au tempérament en précisant que la solution ne valait que dans le cas où l'annulation a été prononcée pour un motif tiré de l'irrégularité de la procédure et non pour un motif de fond, sans quoi le juge de renvoi serait mis en situation de devoir se déjuger<sup>18</sup>.

Faut-il également admettre, en considérant la spécificité de la composition du Tribunal des conflits, de ses attributions ou des procédures suivies devant lui que ses membres puissent statuer sur une question, de fond ou de compétence, dont ils auraient déjà connu au sein du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou même d'une autre juridiction ?

Une solution radicale, qui méconnaîtrait à la fois l'esprit de l'institution et les textes qui la fondent, doit d'emblée être écartée. De la composition paritaire de la juridiction, il ne saurait être déduit qu'aucune impartialité fonctionnelle ne serait attendue de chacun de ses membres. La parité n'est pas ici l'expression d'une opposition d'intérêts, comme elle peut l'être dans d'autres juridictions. Elle ne procède pas du postulat que les membres du Tribunal, en leur qualité de représentants de l'ordre de juridictions auquel ils appartiennent, seraient en quelque sorte fonctionnellement partiels. Comme cela est souvent dit, la parité est avant tout le gage d'échanges équilibrés entre juges administratifs et judiciaires sur des sujets appelant leurs regards croisés. Au demeurant, la parité n'est pas, en théorie du moins, une condition indispensable du fonctionnement du Tribunal puisqu'en vertu de l'article 5 de la loi du 24 mai 1872, il peut régulièrement délibérer si cinq de ses membres au moins sont présents<sup>19</sup>.

Cette solution radicale étant écartée, il ne nous semble pas faire de doute que l'exigence d'impartialité fonctionnelle s'impose pleinement lorsque votre Tribunal est appelé à régler un litige au fond. Il en est ainsi dans les cas où il est saisi d'un conflit de décisions constitutif d'un déni de justice en application de l'article 15 de la loi du 24 mai 1872 ou encore, comme cela est désormais possible en application de l'article 16 de cette loi, d'une demande d'indemnisation à

---

1997, B. n° 87 – Civ. 2ème, 20 nov. 2003, B. n° 346

<sup>15</sup> CEDH 24 juin 2010, *Marcel et Branquart* - CEDH 4 mars 2014, *Fazli Aglamer c/ Turquie*

<sup>16</sup> CEDH, 10 juin 1996, *Thomann c/ Suisse*, n° 17602 – CE 10 déc. 2004, *Soc. Résotim, Rec. 755* - Civ. 2ème 5 févr.

1997, B. n° 33 – Crim. 23 oct. 1996, B. n° 370

<sup>17</sup> CEDH, 16 juill. 1971, *Ringeisen c/ Autriche*, § 97 – 26 sept. 1995, *Diennet c/ France*

<sup>18</sup> CEDH, 18 déc. 2008, *Vaillant c/ France*

<sup>19</sup> Il ne s'agit donc pas d'affirmer que l'impartialité fonctionnelle du Tribunal des conflits, à défaut de celle de ses membres, serait assurée par la parité, en transposant la solution appliquée à la Cour de cassation pour écarter l'argument tiré du défaut d'impartialité personnelle des conseillers prud'hommes (v. Soc. 19 déc. 2003, B. n° 321).

raison d'une procédure suivie à la fois devant les juridictions administratives et judiciaires. Dans de tels cas, l'exigence d'impartialité impose qu'aucun des membres de votre Tribunal n'ait eu à connaître de l'affaire. Les situations correspondantes sont toutefois très rares et devraient le demeurer même s'il est trop tôt pour apprécier le nombre de saisines auxquelles donnera lieu l'article 16 de la loi du 24 mai 1872.

La solution doit-elle être différente lorsque votre Tribunal est saisi d'une question de compétence au motif que l'exigence d'impartialité fonctionnelle serait alors d'un degré moins élevé ?

Nous sommes enclin à répondre par la négative. La fonction d'arbitre du Tribunal des conflits, qui se présente comme une juridiction de recours, suppose qu'il ne comporte en son sein aucun membre ayant eu à prendre une décision sur la question soumise à son arbitrage. Lorsqu'il règle les conflits de compétence, le Tribunal ne fait en définitive qu'exercer des attributions revenant naturellement à une cour suprême mais qui, dans un système de dualisme juridictionnel, ne peuvent être confiées à aucune des juridictions placées à la tête de chacun des deux ordres. Dès lors, les exigences qui s'appliquent en matière d'impartialité fonctionnelle au sein de chacune de ces juridictions doivent également s'appliquer selon nous au sein du Tribunal des conflits. Il en résulte que, pas plus qu'un membre du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, les membres du Tribunal ne devraient pouvoir statuer sur des questions de compétence qu'ils auraient déjà eu à trancher au sein d'une autre juridiction, quelle qu'elle soit. Par ailleurs, ce n'est pas céder à la « tyrannie de l'apparence » que de considérer que la circonstance qu'un membre du Tribunal ait déjà eu à examiner la question de compétence soumise à celui-ci puisse donner aux parties le sentiment, objectivement justifié, d'avoir préjugé de la réponse à apporter à la question même si, subjectivement, ce sentiment peut ne recouvrir aucune réalité. Enfin et surtout, comme nous l'avons observé, la distinction entre la compétence et le fond est assez théorique devant votre juridiction. Si vos décisions ne déterminent pas toujours la solution au fond, elles sont rarement totalement neutres pour les parties. Nous aurions tendance à penser avec le professeur Weil que « rien n'est plus vain que la tentative de tracer une ligne de démarcation entre la compétence et le fond ».<sup>20</sup>

Cela étant, les cas de saisine du Tribunal des conflits en matière de conflit d'attribution étant très divers, il importe d'établir un nuancier des situations afin de déterminer les cas dans lesquels l'impartialité fonctionnelle de l'un de ses membres ayant déjà connu de la question de compétence peut être regardée comme affectée. Plusieurs cas de figure sont à distinguer.

Le premier correspond aux situations dans lesquelles un membre de votre Tribunal était également membre de la juridiction qui vous a saisis en application des articles 32 et 35 du décret du 27 février 2015 soit en prévention d'un conflit négatif soit pour faire trancher une question de compétence à titre préjudiciel. Dans la mesure où, par hypothèse, cette juridiction n'a pas elle-même jugé la question qu'elle vous a soumise, nous ne voyons pas d'atteinte à l'impartialité fonctionnelle dans de telles situations, le contentieux se prolongeant en quelque sorte au sein de votre juridiction. *Mutatis mutandis*, le cas de figure n'est pas très éloigné de celui où, après un

<sup>20</sup>

P. Weil, « Conflits de décisions au fond et conflits négatifs de compétence », D. 1956, Chron. 81.

premier examen de l'affaire, une formation juridictionnelle en renvoie la connaissance à une formation élargie. Pour ne retenir qu'un exemple évocateur, l'impartialité fonctionnelle des membres de votre Tribunal ne serait pas discutable si, en cas de partage des voix, ils étaient appelés à réexaminer l'affaire dans la formation prévue par l'article 6 de la loi du 24 mai 1872.

Il se peut par ailleurs – c'est le deuxième cas de figure - que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, sans avoir pris la décision constituant l'un des termes du conflit, ait eu à connaître d'un pourvoi formé contre la décision d'une juridiction du fond ayant tranché la question de compétence. A nos yeux, cette seule circonstance ne suffit pas à exclure que l'un des membres de la formation ayant examiné le pourvoi puisse composer votre Tribunal. Il y a lieu en effet de considérer les moyens qui avaient été proposés par le demandeur et les motifs de la décision, quel qu'en soit le sens, rendue sur le pourvoi, l'impartialité fonctionnelle ne pouvant être affectée que si la juridiction de cassation a examiné la légalité de la décision attaquée quant à la compétence juridictionnelle.

Il se peut enfin que la décision d'incompétence constituant l'un des termes du conflit ait été rendue par une formation du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation au sein de laquelle siégeait, ou que présidait, l'un des membres de votre Tribunal ou son président<sup>21</sup>. C'est la situation qui vous est soumise. Elle peut se produire notamment, soit lorsque, comme ici, le Conseil d'Etat a été saisi d'un recours pour excès de pouvoir, soit lorsque, statuant comme juge de cassation, l'une ou l'autre juridiction suprême a fait usage de la faculté de vider le litige qui lui est offerte, selon le cas, par l'article L. 821-2 du CJA ou l'article L. 411-3 du COJ. Il nous semble alors que le principe d'impartialité fonctionnelle s'oppose à ce que le membre du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ayant déjà statué sur la compétence puisse connaître du conflit d'attribution. C'est en effet, nous l'avons vu, un principe général bien établi en jurisprudence qu'un juge ne peut être appelé à examiner, sur recours, le bien-fondé de ses propres décisions. L'admission de la solution inverse en cas d'opposition ne constitue pas une véritable dérogation dès lors que, d'une part, c'est l'opposition elle-même qui met à néant la décision initiale et que, d'autre part, après opposition, il y a en quelque sorte novation du litige résultant de la présence de la partie qui avait fait initialement défaut.

Dans tous les cas de figure et à supposer que vous considériez que l'impartialité fonctionnelle ne pourrait être compromise dans un contentieux portant exclusivement sur la compétence, il conviendrait de juger que dans le cas où le règlement du conflit de compétence impose manifestement une appréciation sur le fond du litige, un membre de votre Tribunal ayant déjà porté cette appréciation ne pourrait siéger pour régler le conflit d'attribution. Or, la présente affaire, un peu singulière, nous paraît correspondre à une telle situation. Nous sommes en effet en présence de deux arrêts d'incompétence rendus respectivement par le Conseil d'Etat et la cour d'appel d'Aix-en-Provence opposant l'un et l'autre que le refus, par le Premier ministre, de déposer un projet de loi doit être regardé comme un acte touchant aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels ou se rattachant directement aux rapports internationaux et, comme tel, insusceptible de recours. Les requérants attendent que vous jugiez que cette décision ne présente

---

21

Nous n'envisageons pas ici le cas, un peu théorique, où l'un des membres de votre juridiction aurait composé une juridiction du fond ayant statué sur la compétence.



pas un tel caractère. C'est donc davantage la possibilité même d'un recours juridictionnel effectif, liée à la qualification de l'acte contesté, qu'une orientation du contentieux vers tel ordre de juridiction qui est ici en cause. Le cas de figure se rapproche à cet égard de celui envisagé à l'article 15 de la loi du 24 mai 1872, à la différence près que, pour les requérants, le déni de justice qu'ils allèguent ne vient pas de ce que les juridictions auraient rendu des décisions au fond incompatibles entre elles, mais au contraire de ce qu'elles ont retenu des solutions concordantes excluant tout recours.

Si vous nous suivez, vous serez conduits à juger qu'il n'apparaît pas compatible avec l'exigence d'impartialité fonctionnelle que M. Arrighi de Casanova, qui a présidé la formation du Conseil d'Etat ayant rendu la décision dont l'annulation est demandée par les requérants, préside votre Tribunal lorsqu'il aura à examiner la requête présentée par ces deniers, d'une part, parce qu'il serait ainsi amené à devoir apprécier le bien-fondé d'une décision à laquelle il a participé, d'autre part et en tout état de cause, parce que la question qui vous est soumise par les requérants et dont il a eu à connaître, touche au fond du litige.

Nous concluons en conséquence à ce que vous admettiez la recevabilité de la requête en récusation et que vous y fassiez droit.